This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 106 245 897

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 25 1921

GERMANY

Kupp. D. Literatur. 1904 S. 2623 ff

RÖMISCHER ZIVILPROZESS

UND

MODERNE PROZESSWISSENSCHAFT

STREITFRAGEN AUS DEM FORMULARPROZESS

VON

DR. RICHARD SCHOTT

A. O. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT JENA

MÜNCHEN 1904

C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG

OSKAR BECK

991

-ST.

OCT 2 5 1921

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Vorwort.

Diese Schrift befaßt sich mit einer Reihe von Streitfragen, die durch meine vorigjährige Abhandlung über „Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß“ und die von verschiedenen Seiten dazu ergangenen Äußerungen angeregt sind. Ihr Titel mag sich aus dem Inhalt, in dem ich mich bestrebe, der einseitigen nur-zivilistischen Betrachtungsweise des römischen Prozesses entgegenzutreten, rechtfertigen.

Jena, den 11. April 1904.

Dr. Richard Schott.

Übersicht.

Seite

I. Allgemeines.
1. Veranlassung 1
2. Schulgegensätze 3
a) Die Art der Quellenbearbeitung 3
b) Die Verwendung des modernen Prozesses 6
α) Ihr Wert für die richtige Erfassung der römischen Prozeßbegriffe S. 6, — β) und für die Vermeidung verzerrter Rekonstruktionen S. 10.
II. Die Denegatio 17
III. Die Editio formulae.
1. Sie ist keine Rechtspflicht 28
2. Individualisierung und Substantiierung 30
3. Prätor und Laie 34
4. Die Arbeitslast des Prätors 38
5. Die Kompetenz der Ädilen 40
IV. Die Litiskontestation 43
1. Der Zeugenaufruf 43
2. Die iudicis datio 44
3. Der äußere Vollzug der Litiskontestation 46
4. Das Verhältnis der Formelerteilung zur Litiskontestation 49
a) Wirkung der Erteilung auf beide Parteien S. 53, — b) auf den Kläger S. 53, — c) auf den Beklagten S. 54, — d) auf den Prätor selbst S. 54, — e) Verhalten der Parteien vor der Erteilung S. 55.
5. Die juristische Natur der Litiskontestation 57
a) Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft der Zustellung S. 57, — b) Accipere S. 58, — c) Wissens- und Willenserklärungen S. 58, — d) Auctoritas S. 60, — e) Contrahere S. 60, — f) Spezialverträge

S. 61, — g) Richterwahl S. 62, — h) Iudicium accipere cogam S. 64, — i) Recte defendi hoc est iudicium accipere S. 68, — k) Der Akt des edere und accipere selbst S. 70, — l) Das Ergebnis S. 75.

V. Die Actio.

1. Die Ansicht Bekkers 77

2. Rechtsschutzanspruch und doppeltes dare actionem 78

Quellenregister 82

I. Allgemeines.

1. Veranlassung.

In dem letzten 24. (37.) Bande der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte hat E. J. Bekker meine Schrift „Über das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Zivilprozeß“ (1903, Gustav Fischer) zum Gegenstand einer besonderen Abhandlung „Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht“ genommen.

Veranlaßt fühlt sich Bekker zu diesem ungewöhnlichen Schritt weniger durch die Ergebnisse meiner Untersuchungen als dadurch, daß ich seiner Ansicht nach einer „Schule“ angehöre, die er nicht als die richtige anzuerkennen vermag, daß ich die Lehren dieser Schule verbreite und daß man gerade an meinen „kuriosen Resultaten“ den Unwert dieser Lehren erkennen könne, wenn diese Schule auch wenig geneigt sein sollte, „alle Schottianer als ihre Kinder anzuerkennen“. Immerhin spricht er mir soviel Selbständigkeit zu, daß er von mir auch das Übernehmen einer „persönlichen Verantwortung“ fordert. Diese eigene Verantwortung übernehme ich selbstverständlich und ich tue das gern, da ich mich doch von einem solchen Schülertum — ausgenommen die Art von Schule, die „weiter gereicht als ihr gesprochenes wort“ — freier weiß, als es Bekker glauben mag.[1])

[1]) Bekker hält mich für einen „treugehorsamen“ Schüler Wlassaks und nach seiner Darstellung müßte man glauben, daß ich durch persönliche Belehrung seitens Wlassak derart mit dessen Ideen infiziert worden sei, daß es mir nicht gelungen wäre, einen freieren höheren Standpunkt zu erobern. Mit

Zu einer sofortigen Antwort nötigt mich die ungewöhnliche Art dieses Angriffes. Beides bedingt auch, daß ich im großen und ganzen wieder denselben Gang einschlagen muß, den ich in meiner Schrift zwecks Behandlung der Probleme genommen habe. Ich bin dort in gerader Linie auf das Ziel dieser Probleme losgegangen, weil mir die behandelten Grundfragen dies zu gestatten schienen und weil Abschweifungen auf nahe liegende Punkte sich in zu großer Anzahl eingestellt hätten und dadurch das Endziel wie die Linien der Beweisführung verdunkelt hätten. Ausdrücklich präzisieren konnte ich deshalb meine Stellungnahme zu allen diesen Nebenfragen — soweit schon Klarheit über sie herrscht — nicht. Aber der aufmerksame Leser wird manchmal an den gewählten Worten schon sehen, daß ich sie im Auge gehabt habe.

Zudem halte auch ich die Behandlungsweise des Stoffes, wie sie sich in Bekkers und in den Äußerungen anderer zu meiner Schrift zeigt, für so typisch, daß dieser Unterschied und die dar-

---

Stolz zähle ich Wlassak zu meinen Lehrern. Durch dieses Vorgehen sehe ich mich aber genötigt, mein persönliches Verhältnis zu ihm, das die Öffentlichkeit sonst weder interessiert noch etwas angeht, näher darzulegen. Ich habe bei Wlassak nur Vorlesungen über Institutionen und einen Teil der Pandekten gehört, nicht aber über Römischen Zivilprozeß. Ich habe ein Sommersemester an seinem Seminar teilgenommen — im folgenden verließ er leider Breslau — und auch hierin bei ihm nicht im Prozeß gearbeitet, wie das auch von den anderen Teilnehmern nicht in größerem Umfang geschehen sein kann, denn ich entsinne mich dessen nicht. — Gerade in dem Streite Bekker-Wlassak über das Wesen der actio stand ich durchaus nicht von Anfang an auf Seiten Wlassaks. Angeregt durch Otto Fischer beschäftigte ich mich schon vor meiner Habilitation mit dem Anspruch des BGB., eine Arbeit, die das Erscheinen von Hellwigs Werk unterbrach. Ich kam dadurch in diesen schwierigen Fragen früh zu einem „non liquet", aber meine Sympathien standen, vermutlich durch Fischers Anschluß an Bekker (vgl. dessen Recht und Rechtsschutz z. B. S. 71) beeinflußt, mehr auf Seiten Bekkers. Erst meine Arbeit über die denegatio hat mir die Überzeugung von der Richtigkeit der Wlassakschen Ansicht gebracht. Und aus diesem Gefühl der Selbständigkeit der Begründung heraus habe ich auch S. 144 gesagt: „Damit komme ich auf dem Wege der denegatio zu einer vollkommenen Bestätigung der Ansicht Wlassaks." Wäre ich von jeher dieser Wlassakschen Ansicht gewesen, so hätte ich auch schon in meinem „Armenrecht" (1900) S. 7, 175 (vgl. dagegen Rechtsschutz, 1903, S. 146) einen tieferen Einblick in den römischen Prozeß gehabt.

aus entspringenden Gefahren nicht zeitig genug in das hellste Licht gerückt werden können.

Bekker behandelt mich in seinem Artikel des öfteren mit Schonung, indem er mich als den Verführten ansieht und die Häupter der Schule für meine Taten verantwortlich macht. Ich erkenne die hieraus ersichtliche vornehme Gesinnung seiner Autorität gegenüber dem Jüngeren dankbar an, aber ich möchte die Verantwortung für mein Tun lieber selbst übernehmen, da ich nicht bloß zum Dank einer Schule arbeiten will. Bekker hat andererseits im Eifer des Streites und im Gefühl seines sachlichen Übergewichtes trotz einzelner anerkennenden Äußerungen sich doch auch zu persönlich wirkenden Bemerkungen hinreißen lassen. Aber seine Person wie seine Leistungen, „denen ich die größte achtung zolle", verbieten mir, darauf zu antworten. In der Sache selbst freilich liebe ich konziliante Verwischungen so wenig wie Bekker und werde ich mich bemühen, die vorhandenen Gegensätze klar zu formulieren. Denn „veritas potius emergit ex errore quam ex confusione". Die Gefahr, sie zu überspitzen, muß man hierbei allerdings immer im Auge behalten und zu vermeiden suchen.

2. Schulgegensätze.

Bekker spricht von Schulgegensätzen. Die „herrschende Strömung", die er bekämpft, ist die durch Wlassaks Arbeiten charakterisierte. Zwei Gegensätze in den Anschauungen scheinen mir einer besonderen Hervorhebung zu bedürfen.

a. Die Art der Quellenbearbeitung.

Einmal wendet sich Bekker gegen die lexikalische Durcharbeitung des Quellenstoffes. Er sieht darin verfehlte Detailspürerei und befürchtet auch, daß sie das wahre Quellenstudium schädigen könnte. Es ist ihm ohne weiteres darin beizustimmen, daß die Beschränkung einer Untersuchung auf die in irgend einem Lexikon verzeichneten Quellenstellen eine subalterne Arbeitsweise

wären. Es wird aber wohl kaum einen Juristen geben, der in solch einem Tun seine Befriedigung fände.[1])

Im übrigen jedoch ist m. E. diese Forschungsmethode ein Fortschritt gegenüber der früheren. Gerade das sich aus ihr ergebende genaue Betrachten jeder einzelnen Quellenstelle bewahrt am sichersten vor den Folgen falscher Konstruktionen und falscher Verallgemeinerung einzelner Stellen, während bei dem einfachen „Lesen" der Quellen, mag es auch öfter wiederholt werden, die Gefahr nahe liegt, daß nur die markant erscheinenden Stellen schließlich in Betracht gezogen werden. Natürlich kann man auch ohne die Indices das erste richtige System befolgen und auch trotz Indices das zweite falsche. Aber die Literatur des verflossenen Jahrhunderts gibt uns Beispiele genug dafür und ein solches ist auch Keller trotz seines siebenmaligen Durchlesens der Pandekten, daß die Gefahr des zweiten Systemes nicht vermieden worden ist. So sind dann von zweifellos ausgezeichneten Kennern der Quellen Konstruktionen geschaffen worden, die momentan zwar blendeten, die aber einer späteren genauen Kritik nicht Stand gehalten haben.

---

[1]) Bekker — wenn er auch S. 348 anerkennt, daß ich das Quellenmaterial „in annähernder Vollständigkeit" vorlege — schließt die Besprechung mit dem Hinweise ab, daß Lexica das Quellenstudium nicht zu ersetzen vermögen. Ich sehe ein, daß 100 Semester Beschäftigung mit den Quellen mehr Kenntnis derselben verleihen wie 10 Semester, und werde jeden Hinweis auf übersehene Quellen dankbar entgegennehmen. Trotzdem bedaure ich die Bemerkung Bekkers. Nicht meinetwegen, denn ich glaube, daß auch der flüchtige Leser meiner Schrift sehen wird, daß ich mich nicht gerade „auf Lexica" beschränkt habe. Aber im allgemeinen Interesse. Ich will nicht erst darauf hinweisen, daß man „Lexica" auch benutzen kann, ohne es zu sagen, um sich den Anstrich höherer „Wissenschaftlichkeit" zu geben. Aber es könnte sich mancher, insbesondere von jungen Anfängern, veranlaßt fühlen, den Gebrauch der „Lexica" nicht zu erwähnen, um sich nicht erst solchen Bemerkungen aussetzen zu müssen. Das wäre zu bedauern, denn m. E. sollte gerade jede genaue Durcharbeitung irgend einer juristischen Terminologie als solche konstatiert werden. Die Unterlage steht dann fest und über Wert oder Unwert der daraus gezogenen Schlüsse läßt sich dann sicherer urteilen. Andere Wissenschaften, nicht bloß die Naturwissenschaften, haben diese Arbeitsteilung schon längst. Warum soll sie nicht auch bei uns möglich sein?

Bekker glaubt zwar, daß die neue Methode nur zu einer Detailspürerei führe und diese sei verfehlt, da die feinsten Details „stets und überall nur der Vermutung zugänglich" seien und da die Detailforschung nur Mittel zum Zweck der Beantwortung von Grundfragen, nicht selber Zweck sein dürfe. Ganz recht, aber die Frage ist und bleibt immer die: „Wo fängt das unerkennbare Detail an?" und „Welche Details brauchen wir notwendig, um Grundfragen beantworten zu können?" Dies wird sich stets nur im einzelnen Fall entscheiden lassen. Jedenfalls darf man die ars nesciendi nicht bis zur quietistischen Resignation treiben, sonst hört jede Forschung auf.

Wir müssen uns ferner auf die sog. lexikalische Durcharbeitung der Quellen verlegen, um der technischen römischen Juristensprache, insbesondere im Zivilprozess auf den Grund zu kommen. Denn erst ihre Kenntnis befähigt uns zum vollen Verständnis der Quellen. Und wie weit wir hierin noch zurück sind, zeigen ja die vielen Streitfragen der neuesten Zeit. Noch mehr aber wie für die Gewinnung der Begriffe gilt hier der Satz, daß nicht auf einzelnen markanten Stellen, sondern nur auf breitester Basis ein sicherer Bau zu errichten ist. Denn hier tritt bei der Übersetzung noch die besondere Gefahr hinzu, daß Laiensinn und juristischer Sinn eines Wortes sich nicht zu decken brauchen, wie das ja auch in unserer heutigen Rechtssprache nicht selten der Fall ist. Bekker verkennt an anderer Stelle[1]) den Wert genau abgegrenzter Begriffe und den engen Zusammenhang zwischen Wort und Begriff für das heutige Recht nicht. Es ist nicht einzusehen, warum er uns hindern will, die Quellen des römischen Rechtes darauf hin zu durchforschen.[2])

[1]) Pandektenrecht II S. IX.

[2]) Mit Recht sagt Ehrlich, Recht und Prätor, Sep.Abdr. aus Zeitschr. f. Privat- u. öffentl. Recht Bd. 31 S. 3: „Die Bedeutung terminologischer Fragen für die rechtsgeschichtliche Forschung sollte, zumal seit Wlassak, doch nicht bestritten werden. Die Terminologie ist der Teil der Rechtslehre, an dem im Wechsel der Zeiten am zähesten festgehalten wird, viel zäher als an den eigentlichen Rechtsregeln: sie bildet daher einen vortrefflichen Ausgangspunkt für

Schließlich besteht noch gerade für die Forschung im Gebiet des Römischen Zivilprozesses ein besonderer Grund, der uns zur eingehenden Detailprüfung jeder einzelnen Stelle nötigt. Über ihn weiter unten.

b. Die Verwendung des modernen Prozesses.

Doch schon zuviel hierüber! Der wichtigste Schulgegensatz liegt m. E. in der Frage, welche Stellung der römische Zivilprozeß zur modernen Prozeßwissenschaft einzunehmen hat. Das ist ein Schulgegensatz, denn seine Bedeutung geht weit über die hier vorliegenden Streitfragen hinaus. Es ist nicht bloß Bekker, der sich hier teils absichtlich, teils unabsichtlich gegen die moderne Prozeßwissenschaft ablehnend verhält. Wlassak hat den tieferen Grund dieser verbreiteten Erscheinung frühzeitig richtig erkannt. Der römische Zivilprozeß ist zu einseitig von Zivilisten und zu wenig von Prozessualisten bearbeitet worden. Es ist das eine der unglücklichen Folgen der Ablösung des Zivilprozesses von den Lehrstühlen des Zivilrechts, die nicht sachliche, sondern historische Gründe, insbesondere das Bestehen der Partikularprozesse mit sich gebracht hatte und die auch jetzt noch nicht überwunden ist. Im einzelnen zwar ist von den Zivilisten zweifellos Bedeutendes geleistet worden, aber diese Früchte sind mehr dem römischen Privatrecht zu gut gekommen — sagt Wlassak — und an dem Gesamtergebnis „der Zivilprozeß, den die Lehr- und Handbücher vorführen, hat in Rom nie bestanden“ — auch hier muß ich Wlassak „treugehorsamlich“ Folge leisten — kann leider nicht gezweifelt werden.

α. Ihr Wert für die richtige Erfassung der römischen Prozeßbegriffe.

Bekker hat in diesem Punkte Bedenken. Ihm scheint es, „daß beinahe die ganze gegenwärtige Prozeßrechtswissen-

Rückschlüsse auf die Verhältnisse einer Zeit, für die sonst alle Nachrichten fehlen.“

schaft Deutschlands eine gewisse Neigung verspüre, modernen und speziell dem neuen deutschen Rechte angehörigen Begriffen und Bezeichnungen allgemeine Geltung beizulegen und somit auf einer schiefen Ebene sich bewege, die über lang oder kurz wieder zu der naturrechtlichen Doktrin zurückführen müßte."

Ihm ist zuzustimmen, wenn er vor einem Verfallen in das Naturrecht warnt. Diese Gefahr muß man stets im Auge behalten. Aber auch ohne in diesen Fehler zu geraten, kann man moderne Prozeßwissenschaft, moderne prozessuale Begriffe und Bezeichnungen, mit einem Wort die Kenntnis des modernen Prozesses verwerten, um in das Wesen des Römischen Prozesses einzudringen. Ja man muß dies sogar aus vielen Gründen.

Das Verfangen, den römischen Prozeß sozusagen rein aus sich heraus zu erkennen, müßte ohne weiteres scheitern. Denn mit einem Auge kann man nicht plastisch sehen. In eine unterscheidungslose Fläche würde alles verschwimmen und der Beschauer würde keine richtige Vorstellung erhalten von den wahren Größenverhältnissen d. h. der Wichtigkeit der Dinge, die er sieht, von der räumlichen Ausdehnung des einzelnen Dinges und von dem Abstand d. h. dem Verhältnis, in dem sie zueinander stehen. Reiner Zufall wäre es, wenn das von ihm geistig sich konstruierte Bild in einzelnen Dingen der Wirklichkeit entspräche. Und wir haben viel solch konstruierter Bilder, die der Wirklichkeit fremd sind.

Ganz anders, wenn neben dem rein geschichtlichen Auge noch als zweites das Auge des modernen Rechtes zum Schauen in die Ferne gebraucht wird. Dann können wir perspektivisch die einzelnen Dinge voneinander unterscheiden und in ihrem gegenseitigen Verhältnis würdigen, dann kommt Plastik in das Sehen hinein und anstatt der schattenhaften Schemen sehen wir dann lebende Gestalten vor uns.

Der Vergleich mit dem neuen läßt uns erst das alte Recht wahr erkennen. In das Naturrecht gerieten wir, wenn wir unser modernes Recht und unsere modernen Begriffe als absoluten Maß-

stab hinstellen wollten. Nicht aber ist es Naturrecht, wenn wir Altes mit Neuem vergleichen, indem wir uns dabei des nur relativen Wertes eines jeden bewußt bleiben. Im Gegenteil ist gerade die dadurch hervorgerufene Erkenntnis der Relativität des Rechtes, das Einsehen, daß man auf verschiedenen Wegen denselben Zweck erreichen kann, das beste Gegengift gegen naturrechtliche Einflüsse. Nichts anderes aber wie ein solches Vergleichen liegt im letzten Grunde vor, wenn wir durch gelegentliche Benützung moderner Wissenschaft und moderner Begriffe uns das alte Recht besser veranschaulichen.

Schließlich beruht es überhaupt auf einer Selbsttäuschung, wenn man glaubt, einen historischen Prozeß, von dem uns kein Lehrbuch überliefert ist, aus sich selbst heraus darstellen zu können. Alle Voraussetzungen bei den Forschungen bringt man doch aus der modernen Anschauung des gleichen Gegenstandes mit und es braucht nicht weiter ausgeführt zu werden, daß dies um so gefährlicher ist, wenn diese moderne Anschauung nicht auf dem festen Boden der einschlägigen Wissenschaft aufgebaut, sondern in laienhafter oder doch in nicht fachwissenschaftlicher Weise gebildet worden ist.

Es ist ziemlich selbstverständlich, daß bei solchen Vergleichen nicht jeder technische Ausdruck des römischen Prozesses sich mit einem solchen des modernen Prozesses deckt und somit restlos durch ihn wiedergegeben werden kann. Bekker (S. 373 f.) erkennt das Vorliegen dieses Gedankens bei mir an, findet aber, daß ich leider nicht konsequent nach ihm handele. Er rügt, daß ich davon spreche, „die Denegation gäbe keine Rechtskraft“. Es wäre überhaupt nicht denkbar, daß eine denegatio Rechtskraft im modernen Sinne gehabt hätte, höchstens könnten konsumierende Wirkungen möglich scheinen, aber Konsumtion und Rechtskraft seien sicherlich auch weit auseinander liegende Dinge.

Ich kann die Berechtigung dieses Vorwurfes nicht zugestehen und will gleich kurz auf ihn eingehen, weil er ein Beispiel für die üblen Folgen der gerügten Geringschätzung der modernen

Prozeßwissenschaft bietet. Rechtskraft ist in der modernen Prozeßwissenschaft nicht bloß ein positives Institut unsere Zivilprozeßordnung. Rechtskraft ist auch nicht etwa ein naturrechtlich konstruiertes Institut, sondern sie ist mehr. Sie ist auch ein allgemeiner wissenschaftlicher Begriff, der über die Eigenschaften einer Entscheidung etwas aussagt, ein Begriff gerade so wie z. B. „Urteil" oder auf zivilrechtlichem Gebiete „dingliches Recht, obligatorisches Recht, Eigentum, Pfandrecht, Servituten u. s. w." allgemeine Begriffe sind, die man aber auch dann nicht für naturrechtlich erklären wird, wenn irgend ein Recht den einen oder anderen nicht haben sollte. Bekker hätte mich tadeln können, wenn ich etwa gesagt hätte „Die Denegation gibt Rechtskraft", ohne des näheren zu präzisieren, was darunter zu verstehen sei. Dann hätte eine Gleichsetzung mit unserem modernen positiven Institut vermutet werden können. Wenn ich aber negativ sage „Sie gibt keine Rechtskraft", so ist damit ausgedrückt, daß sie alle die Wirkungen, die man unter diesem Begriff zusammenfaßt, nicht hat. Ich sage dazu in dem betreffenden Abschnitt ausdrücklich: „Eine Geschichte des Urteils im römischen Zivilprozeß und eine Geschichte der Rechtskraft in ihm — zwei große Aufgaben! — sind noch nicht geschrieben und sie werden sich auch nicht auf Grund einer Auswahl von Stellen, sondern uur auf Grund des ganzen vorhandenen Quellenmaterials schreiben lassen." Ich denke, meine Überzeugung von der Relativität solcher Begriffe ist „bei diesem Gebaren" genügend zum Ausdruck gebracht.

Das Lebensbedürfnis, das bei uns die jetzige positive Regelung der Rechtskraft herbeigeführt hat, war bei den Römern gerade so vorhanden, denn sie waren Menschen wie wir und vor allem keine idealeren Menschen. Bekker faßt aber die Korrespektivität zwischen beiden Begriffen zu eng, wenn er meinen sollte, daß dieses Lebensbedürfnis bei uns durch die sog. Rechtskraft, bei den Römern durch die prozessuale Konsumtion befriedigt worden wäre. Das fühlt er auch, aber er geht von diesem dunklen Gefühl geleitet wieder zu weit, wenn er sagt „Konsumtion und

Rechtskraft sind sicherlich auch weit auseinanderliegende Dinge". Ich kann mich nun hier auf eine Darstellung der Rechtskraft im Römischen Prozeß nicht einlassen, da meiner oben erwähnten Ansicht nach ein auf Grund einiger Quellenstellen geführter Streit keinen Wert hat. Ich will nur darauf hinweisen, daß Rechtskraft und Konsumtion prozeßrechtlich nicht dasselbe sind, daß Rechtskraft der weitere Begriff und Konsumtion der engere Begriff ist, daß Konsumtion und Rechtskraft aber nicht weit auseinander liegen, sondern im engen Zusammenhang stehen. Sie ist ein Mittel, die Rechtskraft zu erreichen, aber sie ist nicht das allein ausreichende Mittel dazu. Man muß bei Rechtskraft auch an die Wirkung gegen den Beklagten, nicht bloß an die gegen den Kläger denken, wie man es bei der Konsumtion in erster Linie tut. Für den Prozessualisten oder besser gesagt für den „Nicht-bloß-Zivilisten" ist dieses Verhältnis der Dinge ohne weiteres klar. Ich weise hier z. B. auf den Ausspruch von Lothar Seuffert[1]) hin „Demselben Grundgedanken, auf welchem die materielle Rechtskraft des Urteils beruht, ist die Konsumtionswirkung der römischen litis contestatio entsprungen; aber die Konsumtion der actio erschöpfte die Rechtskraftwirkungen schon nach dem römischen Recht nicht."

β. Ihr Wert für die Vermeidung verzerrter Rekonstruktionen.

Praktische Anschauung des modernen Prozesses und Verwertung der Errungenschaften der modernen Prozeßwissenschaft ist aber auch aus anderen Gründen beim Erforschen des römischen Zivilprozesses nicht bloß wünschenswert, sondern geradezu unbedingt nötig. Denn der Prozeß ist weit weniger von prinzipiellen Gesichtspunkten beherrscht wie das Zivilrecht. Natürlich hat auch das Zivilrecht mit dem Leben zu rechnen und kann es niemals seine Grundgedanken mit logischer mathemati-

[1]) Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 8. Aufl., 1902, Bd. I S. 493, zu § 322 Anm. 1.

scher Konsequenz bis in die feinsten Einzelheiten durchführen, wenn es nicht beim „pereat mundus“ ankommen will. Aber auch das in unsinniger Konsequenz ex regula Gesetzte bleibt immer Recht und wenn es auch das Volk schädigt und drückt, so muß es doch von ihm ertragen werden, solange einsichtslose Juristerei bei ihm verharrt. Beim Prozeß liegen die Verhältnisse aber anders. Neben der Verfolgung höherer Ideen nimmt in ihm die Erfüllung rein praktischer Zwecke einen besonders großen Raum ein. Auf dem besten und kürzesten Wege die Rechtsstreitigkeiten entscheiden, das ist seine alte Aufgabe. Wird hier gelehrte Prinzipienreiterei getrieben, so empfindet es nicht bloß das Volk, sondern noch mehr der amtierende Jurist. Denn der Prozeß ist eine feine und kunstreiche Maschine und wenn hier der Zahn eines Rades zu scharf oder ein anderer zu stumpf gefeilt wird, so greifen eben die Räder nicht mehr ineinander und das Werk stockt. Im Prozeß haben wir zwar auch eine Masse von Prinzipien und Maximen. Wir sprechen von den Prinzipien der Trennung von Justiz und Verwaltung, der Entgeltlichkeit im Gegensatz zur Unentgeltlichkeit, des direkten Einlassungszwanges im Gegensatz zur Präklusion, der Öffentlichkeit im Gegensatz zur Heimlichkeit, der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit im Gegensatz zur Schriftlichkeit, des wechselseitigen Gehörs, der Verhandlungsmaxime im Gegensatz zur Inquisitionsmaxime, des Parteibetriebes oder der Reinerhaltung des richterlichen Amtes im Gegensatz zum Offizialbetrieb, der freien Beweiswürdigung, der Einheitlichkeit der Verhandlung im Gegensatz zur Cäsur, des Desaisierungsprinzipes, der Eventualmaxime und so fort. Aber kein einziges dieser Prinzipien ist in unserem Prozeß bedingungslos durchgeführt oder ausnahmslos vermieden worden und kein einziges ließe sich so durchführen oder vermeiden, denn die Folge wäre, daß der Prozeß zur Erfüllung seiner Aufgabe unbrauchbar würde.

Solche Prinzipien oder Maximen dienen nur zur Kennzeichnung der Wege, die ein bestimmter Prozeß zur Erreichung seines Zieles einschlägt, zur allgemeinen Charakterisierung seiner Prozeß-

politik. Und so läßt sich auch die Richtung, die irgend ein historischer Prozeß genommen hat, durch Hervorhebung der in ihm herrschenden Maximen rasch im allgemeinen bezeichnen. Aber von hier bis zu einem klaren Bilde eines solchen Prozesses ist noch ein weiter Schritt. Dazu bedarf es der Feststellung der Punkte, an denen gerade in diesem Prozeß die Verfolgung einer Maxime abbricht. Und hier setzt die Bedeutung der praktischen Kenntnis des modernen Prozesses und der modernen Prozeßwissenschaft ein. Denn beide zeigen uns einmal die Orte, an denen sich erfahrungsgemäß Schwierigkeiten bei Durchführung einer Maxime ergeben und zweitens zeigen sie uns die Folgen, die eine bis zu einem gewissen Punkt feststehende Durchführung nach sich ziehen müßte. Will man aber ein antikes Trümmerfeld wie den römischen Prozeß ausgraben, so ist es schon unendlich viel wert, wenn man nur die Stellen weiß, an denen sich etwas Interessantes vermuten läßt. Denn darin hat Bekker schließlich Recht, das Herumdrehen alter Ziegelsteine allein deshalb, weil sie alt sind, ist keine dankenswerte Aufgabe.

Hier ist es auch, wo die moderne Art der Durcharbeitung der Quellen, wie schon angedeutet, ihre besondere Berechtigung für die Forschung im römischen Zivilprozeß zeigt. Nicht aus Ideen heraus läßt sich aprioristisch konstruieren, wo die eine Maxime beginnen oder aufhören mag. Denn die Erfahrung zeigt uns, daß die verschiedenen Prozesse auf verschiedenen Wegen dasselbe Ziel zu erreichen streben. Nur auf dem empirischen Wege der Durchprüfung des ganzen Materials, das über eine Frage vorliegt, läßt sich feststellen, wie sich der römische Prozeß abgespielt hat. Jede einzelne Stelle muß darauf hin betrachtet werden. Will man aber, wie es bisher die alte Schule liebt, auf Grund einzelner markant erscheinender, Prinzipien enthaltender Stellen den römischen Prozeß wiedergeben, so ist das ein gerade so unsinniges Verfangen und muß gerade so zu einem lächerlichen Zerrbilde führen, wie wenn man heutzutage einem Prozeßunkundigen die sogenannten Maximen unseres Prozesses

angeben würde und ihn daraufhin einen Prozeß konstruieren ließe. Ein solches Werk hätte nur einen Anspruch darauf in Iherings juristischem Begriffshimmel, in dem die Begriffe nicht mehr dienen, sondern nur noch herrschen, als Schaustück aufgestellt zu werden.

Nun freilich hat die Schule der Nur-Zivilisten einen bequemen Ausweg darin, daß sie alles Prozessuale in ihrer Selbstherrlichkeit für „Spezialitätenkram" erklärt. Dem muß auf das schärfste entgegengetreten werden. Selbst wenn man von der vielfach noch gegebenen, hoffentlich bald ganz verschwindenden Trennung von Zivilrecht und Prozeß ausgeht, ist das ungerechtfertigt. Denn der Römische Zivilprozeß ist und bleibt immer ein Prozeß und was zu dessen Erforschung nötig und was als Spezialität überflüssig ist, hätten — wenn eine Trennung vorliegt — nicht die Nur-Zivilisten, sondern die Auch-Prozessualisten zu bestimmen. Der Römische Prozeß ist nicht bloß ein Annexum des Römischen Zivilrechts und seine Bedeutung für uns liegt nicht bloß darin, daß seine Kenntnis uns ein besseres Verständnis dieses Zivilrechts erschließt. Vielmehr hat er auch rein prozessual betrachtet einen selbständigen Wert. Denn die Römer zeigen auch in ihm ein solch feines Gefühl für die Bedürfnisse des Lebens, eine so große prozeßpolitische Weisheit und einen solch praktischen Blick in der Wahl ihrer Mittel, daß die Prozeßwissenschaft aus seinem Studium zu allen Zeiten viel lernen kann.

Allerdings kann einseitiger Civilismus auch alledem ein stoisches „Quid mihi Hecuba?" entgegensetzen. Aber es wundert mich, daß Bekker, dessen umfassendem Blick an anderen Stellen[1]) die Annäherung unseres modernen Prozesses an den römischen Prozeß nicht entgeht, sich hier so ablehnend gegen prozessuale Gedanken verhält. Meine Hinweise darauf, daß der Schwerpunkt des Prozesses in dem Verfahren „in iure", nicht in dem „in iudicio" gelegen haben müsse, erinnern ihn nur „leb-

[1]) Zum Beispiel Z. f. RG. 15 (28) S. 152.

haft an die Entscheidung des Streites, ob zur Produktion des Lammes der Bock oder das Schaf notwendiger sei". Das ist einseitiger Civilismus, dem am ganzen Prozeß nur interessant ist, daß hinten ein Urteil herauskommt, welches sein Zivilrecht entscheidet. Der Prozessualist aber kann, wenn er dann nicht überhaupt das Schweigen vorzieht, nur noch sagen, daß ihm die Tatsache, daß aus einem Prozeß ein Urteil hervorgehen kann, hinlänglich bekannt ist, — daß es aber seine Aufgabe ist und bleibt, den Weg zu erforschen, auf dem ein solches Urteil zu stande kommt.

Zudem paßt Bekkers Bild nicht. Aus ihm spricht die alte zu bekämpfende Ansicht, daß nur das „iudicium" der eigentliche Prozeß sei und das „ius" nur eine mehr oder minder wichtige Einleitungsform zu ihm, so daß ius und iudicium notwendig verbunden wären. Vielleicht hat unbewußt die Ansicht beigetragen, die man in Romanistenkreisen noch vielfach spuken sieht,[1]) nämlich daß zu einem Prozeß stets ein Streiten zweier Parteien gehöre. Die moderne Prozeßwissenschaft ist sich seit langem darüber im klaren, daß letzteres nicht der Fall ist, denn sonst müßte ja, abgesehen von anderen Dingen, Anerkenntnisverfahren und Versäumnisverfahren — und beides gab es auch im römischen Prozeß — nicht zum Prozeß gehören. Hinsichtlich der „notwendigen" Verbindung von ius und iudicium kann ich aber nur darauf hinweisen, daß ich gerade durch die genaue Schilderung der Denegation, durch die Wiedergabe der vielen bekannten — denn sie standen ja im Corpus juris — Fälle, darauf besonders aufmerksam machen wollte, wie unendlich oft es überhaupt zu gar keinem iudicium kommt und wie trotzdem Prozeß, ius dicere, iurisdictio, vorhanden ist. Gewiß ist vieles von dem, was ich gesagt habe, „schon lange" gesagt worden, denn die nackten Tatsachen, die ich aus den Quellen referiere, sprechen so deutlich, daß man sie gar nicht anders wiedergeben konnte. Aber warum

[1]) Richtig z. B. Brinz, Einlassungszwang, in der Festgabe für Planck S. 165, 166. Auch Bekker Z. f. RG. 21 (34) S. 14.

hat man sie nicht gewürdigt? Und daß man sie häufig nicht richtig für die Erkenntnis des römischen Prozesses gewürdigt, das zeigt doch auch der hier besprochene Rückfall.

Ich will nun der alten Schule gegenüber die These der neuen Schule, daß Verwertung der modernen Prozeßwissenschaft zum Studium des römischen Prozesses nicht bloß angenehm und nützlich, sondern auch nötig ist, durch einige weitere Beispiele von Fehlern oder Mißverständnissen erhärten. Sie ließen sich aus vielen Gebieten des römischen Prozesses erbringen, jedoch um — abgesehen vom Persönlichen — auch sachlich in einem festeren geschlossenen Kreis zu bleiben, will ich nur Äußerungen über meine Schrift heranziehen, da diese schon typische Fälle genug bieten und sich hiermit auch eine Diskussion über verschiedene der angeregten Punkte verbinden läßt, die hoffentlich zu einer weiteren Förderung des gemeinsamen Zweckes führt. Um mit der alten Schule zu brechen und um hinzuweisen auf die Notwendigkeit prozessualer Betrachtung, habe ich „bewußt und gewollt" und nicht bloß unbewußt und unklar unter dem Druck einer Zeitrichtung oder des Beispiels von Autoritäten stehend mein „Gewähren des Rechtsschutzes" unter steter Anlehnung an das Moderne geschrieben. Und wenn Bekker gelegentlich (S. 370) verwundert sagt

> „Dies alles sind bekannte, auch von anderen schon gesagte Dinge, die in Schotts Ausführungen wesentlich umgestaltet erscheinen",

so nehme ich dieses Zeugnis über das Gelingen meines Vorhabens dankend entgegen und kann ich dazu nur noch bemerken, daß diese wesentliche Umgestaltung nicht an meiner subjektiven Darstellung liegt, sondern daran, daß ich eben prozessuale Dinge auch vom prozessualen Standpunkt aus betrachtet habe. Bei jedem anderen, der dies getan hätte, würde sich dieselbe wesentliche Umgestaltung gezeigt haben.

Schon der Titel meiner Schrift „Das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Zivilprozeß" paßt dem ungenannten Kri-

tiker im „Literarischen Zentralblatt“ [1]) nicht. Er ließe nicht vermuten, daß ich darunter die denegatio actionis behandele. Nun, allerdings nimmt die denegatio den Hauptteil in der Darstellung ein und ging ich auch bei meinen Untersuchungen zuerst von ihr aus. Aber als ich sie in ihrem prozessualen Wesen erkannt hatte, sah ich, daß ihre Bedeutung eine allgemeinere ist. Denn sie zeigt uns, daß der zivilprozessuale Rechtsschutz bei den Römern in auffallend anderer Weise gewährt wurde, als das in modernen Prozessen der Fall ist. Unter einem zivilprozessualen Rechtsschutz versteht die moderne Welt einen solchen, der sich in einem rechtskraftfähigen Urteil äußert. Wo keine Rechtskraft ist, da sieht sie Verwaltungstätigkeit. Die denegatio lehrt uns aber, daß die Römer zwei Formen des zivilprozessualen Gewährens von Rechtsschutz haben. Einmal die sententia des iudex, dessen Rechtskraftswirkung noch näher zu untersuchen ist, und zweitens die rechtskraftslose Denegatio, die kein Verwaltungsakt des Prätors ist, der lediglich aus seinem imperium folgt, sondern ein organischer Teil des Zivilprozesses. Ferner aber führte mich die Prüfung der Gründe der Denegatio zu der Überzeugung, daß mit der heute allgemeinen Anschauung, der Kläger habe eine Rechtspflicht zur editio formulae, gebrochen werden müsse. So wurde ich zu einer Prüfung des Angehens des Prätors, des Verlangens des Rechtsschutzes, des edere actionem der jetzigen Theorie geführt, und wenn ich die Abhandlung nicht „Verlangen und Gewähren des Rechtsschutzes“ nannte, so geschah das, weil das Gewähren begrifflich das Verlangen voraussetzt. Drittens führte mich die Untersuchung über denegatio und über editio zu einer festen Meinung über die actio, zu der Wlassakschen. Die Gründe für meinen Anschluß an ihn — von dem ich nicht ausging, sondern zu dem ich kam — habe ich dargelegt. Da viele in der actio das Mittel sehen, durch welches das Privatrecht zum Rechtsschutz gelangt, da ich das Vorhandensein einer solchen Brücke

[1]) Nr. 43 vom 24. Oktober 1903 S. 1435 f.

vom Privatrecht zum Prozeß bestreiten mußte und die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Rechtsschutzes in seinem Gewähren von einem solchen Bindegliede betonte, so scheint mir auch deshalb der Titel „Gewähren des Rechtsschutzes" der richtige zu sein. Er umfaßt alle diese Probleme. Von der denegatio aus wären sie aber als Abschweifungen erschienen.

II. Die Denegatio.

Wenden wir uns zunächst der Denegatio zu. Die Quellen sprechen sich zum größten Teil klar aus und bieten deshalb keine Schwierigkeiten. Was sie im einzelnen sagen, ist meist altbekannt. Meine Arbeit war deshalb vorzugsweise darauf gerichtet, sie vollständig zusammenzustellen und durch Gruppierung ein klares Bild von dem Umfang des Denegationsrechtes zu geben. Da es sich darum handelte, das prozessuale Institut der denegatio in seiner prozessualen Tätigkeit zu schildern, mußte ich die Quellen zum größten Teil wörtlich wiedergeben. Denn mit der althergebrachten Aufzählung von „Gründen" der Denegation war nichts zu erreichen. Es mußte die prozessuale Lage im einzelnen Falle deutlich vor Augen geführt werden. Hinsichtlich der Einzelauslegung dieser Quellen ist auch kein Bedenken erhoben worden.

Wohl aber sind Folgerungen, die ich aus ihnen gezogen, bestritten worden. Das wird nun jedem Schriftsteller passieren und würde mich allein nicht zu einer so schnellen Erwiderung veranlassen. Aber ich muß mich wehren gegen die Mißverständnisse, denen meine Folgerungen begegnet sind und die leicht weitergetragen werden könnten. Auch sie sind meines Erachtens hervorgegangen teils aus Verkennen, teils aus Geringschätzen prozessualer Dinge.

Zuerst zu dem Grunde, aus dem der Prätor die Denegation stattfinden läßt. Früher suchte man die „Gründe" der Denegatio vorzugsweise auf zivilrechtlichem Gebiet. Wenn ein Fall zivilrechtlich in bestimmter Weise gelagert war, z. B. ein Verstoß

contra bonos mores vorlag, eine Bedingung nicht eingetreten war, dann sollte der Prätor zur Denegation berechtigt sein. Zwar räumte man auch prozeßrechtlichen Umständen, z. B. Liquidität des Sachverhalts, einen Einfluß auf die Denegation ein, da sich den klaren Aussprüchen der Quellen gegenüber ein solcher Einfluß nicht bestreiten ließ. Zu einem festen, die Denegation beherrschenden Prinzip rang man sich aber nicht durch, wie die stets wiederkehrenden Aufzählungen der „einzelnen Gründe" der Denegatio beweisen. Später erkannte man klarer die Unbeschränktheit des Denegationsrechtes. Aber beim Suchen nach dem Grunde verfiel man in ein anderes Extrem, indem man die denegatio lediglich auf das imperium des Prätors zurückführte, sie als einen Verwaltungsakt, Gewaltakt, nicht als Justizakt ansah, d. h. als eine Art unvermeidlicher Erscheinung, die man als Konsequenz des machtvollen Imperiums des Prätors hinnehmen müßte, die mit der Natur des Prozesses aber eigentlich nicht in Einklang stünde. Gegen beide Extreme habe ich mich gewandt. Durch genaue Besprechung der überlieferten Fälle suchte ich den alten Glauben definitiv zu zerstören, als ob es so etwas wie „zivilrechtliche Gründe" der denegatio gäbe, suchte ich nachzuweisen, daß uns die überlieferten Einzelstellen keine „Gründe" der Denegatio zeigen, sondern nur „Fälle" derselben sind.

Ich prüfte dann zur Sicherheit zunächst noch weiter, ob etwa die denegatio von anderen Voraussetzungen, mit denen man sie bisher weniger in Verbindung gebracht hatte, abhängig wäre. Ich fand aber, daß sie weder an eine vorausgehende gesetzliche Ermächtigung noch an eine vorausgehende ediktalische Ankündigung gebunden war, daß für sie der Unterschied von civilen und prätorischen Klagen ebenso wie der von iudicium legitimum und imperio continens bedeutungslos sei und daß sie auch im Prozeß nicht auf von vorneherein liquide Fälle beschränkt war, sondern daß der Prätor sie auch bei bestrittener Sachlage nach Prüfung derselben ausübte.

Es ergab sich insoweit die völlige Unbeschränktheit des

Denegationsrechtes und es war nun dem schon ausgesprochenen, aber nicht weiter ausgeführten Gedanken näher zu treten, ob sie lediglich ein Ausfluß des Imperiums sei. Auf Grund der Quellen verneinte ich dies. Sie ist mehr wie ein bloßer Verwaltungsakt, mehr wie ein Willkürakt des prätorischen Imperiums, den die Jurisdictio nur widerwillig, gezwungen hingenommen hätte. Sie ist nicht etwa ein Fremdkörper im Prozeß, sondern sie ist ein organischer Bestandteil desselben. Sie gehört zur Jurisdictio. Der Prätor verletzt nicht seine Pflicht zum ius dicere, sondern er erfüllt sie, wenn er denegiert.

Wenn sie nun in den Prozeß hineingehört, welches ist dann ihre Bedeutung? Meine Antwort darauf ist: „Eine rein prozessuale Bedeutung!“ Sie hat nichts mit Staatsrecht, nichts mit Zivilrecht und nichts mit Prüfung von Bindegliedern zwischen Privatrecht und Prozeß zu tun. Sie bezweckt lediglich, die Streitsachen, die einer weiteren vollen Verhandlung in iudicio nicht würdig sind, zu scheiden von denen, die des iudiciums würdig sind. Sie ist eine Vorprüfung der Verhandlungswürdigkeit. Dem Nur-Zivilisten mag das recht wenig scheinen, ein Ding, das kaum der Worte wert ist. Der Prozessualist sieht darin ein weittragendes Prinzip, einen Grundsatz, der die Grenzen von Justiz und Verwaltung nach Anschauung vi eler niederzureißen droht, — einen Grundsatz, um dessen gute und üble Folgen die moderne Prozeßwissenschaft und Prozeßreform kämpft, — einen Grundsatz, auf dessen Wiedereinführung unser ganzer Prozeß unter Loslösung von Montesquieuschen Gedanken hindrängt, — einen Grundsatz, der in reinerer Form schon wieder in unserem Verwaltungsprozeß herrscht und der in verhüllter, unentwickelter Form schon wieder im Österreichischen Zivilprozeß sowie in unserem reichsdeutschen Zivilprozeß vor Gewerbe- und Kaufmannsgerichten aufgenommen ist, — kurzum ein Grundsatz, der für die ganze Auffassung des Wesens des Zivilprozesses ein geradezu fundamentaler ist. Der Anlaß zu seiner Einführung war in Rom genau derselbe wie heutzutage. Es ist die Abwehr unnützer, fauler, chikanöser, leicht-

fertiger Prozesse, da deren Last die Gerichte überbürdet und den Beklagten bedrückt, da die Gesamtheit leidet, wenn der einzelne gemeinnützige Einrichtungen wie den Prozeß ganz nach seinem Belieben gebrauchen und mißbrauchen kann. In Rom, wo die Parteien nicht einmal die Gerichtskosten infolge der Unentgeltlichkeit der Rechtspflege zu fürchten hatten, wären diese Übelstände noch mehr in Erscheinung getreten. „Cum ad officium eius pertineat lites deminuere" hat der Prätor zu denegieren, sagt Julian l. 21 D. de rebus creditis 12. 1. Lis und iudicium werden gleichbedeutend gebraucht, also läßt es sich übersetzen durch: „überflüssige Verweisungen vor den Judex sollen nicht erfolgen!"

Dies ist im kurzen der Gedankengang der Folgerungen, die ich aus dem Quellenmaterial zog und deren näheren Beweis ich in meiner Schrift versuchte. Wie stellen sich nun meine Kritiker zu ihnen? Sie bestreiten nicht ihre Richtigkeit. Aber sie verkennen sie. Vielleicht schienen solche rein prozessuale Erwägungen ihnen nicht recht der Mühe wert, sie sich zum vollen Bewußtsein zu bringen. Beide fallen jedenfalls in die nur-zivilistische Anschauungsweise zurück. Ganz scharf tritt das bei dem Kritiker des Zentralblattes entgegen. Nachdem er mich stets zustimmend auf der Suche nach etwaigen zivilistischen, staatsrechtlichen und anderen Beschränkungen der denegatio begleitet, kommt er — in dem Moment, wo ich zum rein Prozessualen und Prozeßtechnischen übergehe — plötzlich zu dem höchst überraschenden Ausspruch, daß ich „überhaupt ein Prinzip für die denegatio actionis nicht entdeckt" habe! Welch ein Rückfall in den Nur-Zivilismus! „Vorprüfung der Verhandlungswürdigkeit" ist eben für den Nur-Zivilisten kein Prinzip, mag es auch für den Prozessualisten ein fundamentales sein. Dasselbe Mißverstehen zeigt sich deutlich, wenn er zu meinem Gedanken „der Prätor habe seiner Pflicht zum ius dicere genügt, nur habe er die Sache nicht für verhandlungswürdig befunden" sagt

„Diese letztere Behauptung des Verf.s ist nicht recht ver-

ständlich, da sich ja denegatio actionis und datio actionis mit exceptio gleich stehen".[1])

Das rein Prozessuale ist es, das ihm nicht recht verständlich ist und deshalb verfällt er auch in den alten Fehler nur in dem dare mit exceptio ein ius dicere zu sehen und das denegare als Prozeßverweigerung zu betrachten, während doch die S. 128, 129 von mir behandelte l. 26 D. ex quibus causis maiores restituuntur 4. 6 in ganz unbestreitbar klarer Weise denegare iurisdictionem und denegare actionem unterscheidet. Das denegare iurisdictionem wird dort auch als ius non dicere und non audire bezeichnet und als Restitutionsgrund gelten gelassen, während das denegare actionem in scharfem Gegensatz zum ius non dicere gesetzt, also als ius dicere betrachtet wird und deshalb auch keinen Restitutionsgrund gegenüber eingetretener Verjährung bildet.[2])

Nun zu Bekker. Ihm scheinen meine Folgerungen „mehr als bedenklich" und er sagt S. 348—353 viel Richtiges, das mich und meine Folgerungen aber gar nicht trifft. Nicht richtig ist es jedoch, wenn Bekker mir vorwirft

[1]) Darüber, daß beide sich nicht gleich stehen, vgl. Bekker z. B. Z. f. RG. 15 (28) S. 187 f.

[2]) Gegenüber der weiteren Ausstellung des Kritikers, daß ich nicht beachtet habe, daß der Prätor die Denegatio brauche, um sein prätorisches Recht gegenüber dem civilen durchzusetzen, wird der Hinweis genügen z. B. auf S. 6 am Anfang, ferner auf S. 7, 8 meiner Schrift:

„Bedurfte nicht der Prätor . . . des Denegationsrechtes, ... um das Verlangen des Klägers auf Gewähren einer formell bestehenden civilen Actio abzuschneiden?" und das folgende,

oder S. 98 a. E.

„Sie ist ein treffender Beweis dafür, daß das prätorische Edikt das Zivilrecht nicht aufhob — iure civili teneantur — und daß der Prätor seine legislative Macht nur dadurch durchsetzen konnte, daß ihm das gewaltige Prozeßmittel der denegatio — tamen actio non detur — zur Verfügung stand"

oder S. 116 a. A.

„. . . daß es sich in solchen Fällen um prätorisch-legislative Fortbildungen des civilen Rechtes . . . handele. Und wenn diese auch die Denegatio als Mittel zu ihrer Durchführung nötig hätten u. s. w."

„Schott hält hier zwei wesentlich verschiedene Dinge nicht genügend auseinander: das Können und das Sollen im allgemeinen und im speziellen bei einem römischen Magistrat."

Im Gegenteil war mir dieser Gegensatz von vorneherein bewußt und achte ich dauernd auf ihn. Ich nehme hier Bezug z. B. auf die Seiten 7 a. A., 106, 111 i. M., 113 i. M., 117, 119, 120, 122 i. M., 125. Auf S. 67 sage ich in der Einleitung der Quellendarlegung zur Hervorhebung der Punkte, auf die zu achten sei: „Die vielen Versuche . . . zeigen, daß man im Prinzip den Prätor für gebunden erachtete, die Sachkognition dem Judex zu überweisen" und S. 68: „Eine solche Quellendarlegung wird uns vor allem erst in den Stand setzen, von einem höheren Gesichtspunkt aus der Frage näher zu treten, ob die Denegation nur ein mehr tatsächlicher Ausfluß des prätorischen Imperiums ist oder ob in ihr tiefere prozeßpolitische und prozeßorganisatorische Prinzipien liegen. Auf Seite 124 spreche ich davon, daß dem Prätor die Denegatio „juristisch" gestattet war. Auf Seite 128 erkläre ich, daß die denegatio nicht als „etwas Unrechtes, als ein Mißbrauch der Amtsgewalt, als ein zwar als unabänderlich geduldeter, aber nicht gebilligter, bloß tatsächlicher Ausfluß des prätorischen Imperiums empfunden und angesehen worden sei", sondern daß sie vielmehr „ein anerkanntes prozessualisches Rechtsinstitut sui generis" gewesen sei. Seite 129 sage ich, daß der Prätor mit ihr nicht etwas „was er zwar formell tun konnte, aber nicht tun sollte", daß er mit ihr nicht bloß ein Recht gebraucht, sondern eine Pflicht erfüllt. Seite 138 ebenso. Seite 144 sage ich, daß der Prätor durch sie „kein Recht des Klägers verletzt, sondern seine Pflicht erfüllt", und lehne wiederum den Gedanken ab, daß sie „kein Rechtsakt, sondern ein Gewaltakt" sei. Noch schärfer und deutlicher konnte ich meine Auffassung, daß der Prätor nicht bloß denegieren konnte, sondern es sollte, nicht gut ausdrücken. Alles, was Bekker hiergegen sagt, bewegt sich bloß auf dem Boden des Zivilrechts und berührt die Schlüssigkeit meiner Folgerungen gar nicht. Auch hier haben wir wieder die

Verwechslung von Zivilrecht und Prozeß. Zivilistisch „sollte“ sich der Prätor an die Gesetze halten, das stelle auch ich S. 100 (. . . „Statuierung eines zivilen Satzes, den der Prätor natürlich wie jeden andern durchführen soll“) als selbstverständlich hin. Prozessual aber „sollte“ er lites deminuere und das hat mit der Gebundenheit an das Zivilrecht gar nichts zu tun. Die Schranke hierfür war „lediglich seine eigene Überzeugung, sein eigenes pflichtgemäßes Ermessen“ und wenn Bekker S. 353 eine solche Souveränität nur dem Judex hinsichtlich seiner Beweiswürdigung zugestehen will, so gleitet er damit unvermerkt wieder in die alte, auch von ihm selbst schon früher als falsch erkannte Ansicht zurück, daß es sich in iure nur um formale Dinge gehandelt habe, während ich die vielen altbekannten Quellen gerade zusammengestellt habe, um deutlich und definitiv unbestreitbar zu machen, daß in iure auch um materielles Recht gestritten wurde und dem Prätor auch sachliche Kognition und Beweiswürdigung zustand.

Ebenso bleibt Bekker weiterhin S. 370 bei der zivilistischen Betrachtungsweise, wenn er von dem ius denegationis als einem integrierenden Bestandteil des ius dationis spricht, sodaß „sobald die datio actionum aus dem römischen Prozesse verschwunden war, auch keine denegatio mehr stattfinden durfte“. Er begründet dies damit, daß „dieselbe Regel, welche dem Prätor gebietet, die actio unter bestimmten Voraussetzungen zu geben, verbietet sie zu geben, wo diese Voraussetzungen nicht bestehen und das Verbot des Gebens ist identisch mit dem Gebot des Denegierens“. Was er hier meint, sind die zivilrechtlichen Voraussetzungen einer actio. Von deren Bestehen handle ich aber nicht, sondern nur von deren Vorbringen und Beweis im Prozeß.[1]) Und während er somit wieder zurückfällt in die alte Ansicht, die die „Gründe“

[1]) Es ist der fundamentale Gegensatz von Zivilrecht und Prozeß. Im ersteren handelt es sich um wirklich bestehende, in letzterem um lediglich behauptete Rechte. Z. B. das BGB. versteht unter Anspruch ein bestehendes Recht. In der ZPO. ist Anspruch aber ein bloß behauptetes Recht, oder besser die Behauptung eines Rechtes, dessen wirklicher Bestand noch nicht feststeht, sondern erst festgestellt werden soll.

der denegatio nur im Zivilrecht sucht, bestreite ich dies und sehe das Prinzip der denegatio „Unwürdigkeit der Sache zur weiteren Verhandlung“ im Prozeß. Und wenn Bekker sagt, daß mit dem Verschwinden der datio actionum auch keine denegatio mehr stattfinden durfte, so hat er nur insoweit recht, als natürlich, wenn keine actio-formula gegeben wurde, auch keine formula verweigert werden konnte. Aber integrierend verwachsen ist die denegatio mit der actio nicht, eben deshalb nicht, weil sie ein rein prozessuales Institut ist. In Prozessen über Fideikommisse die „non per formulam petuntur“ findet sie sich jedenfalls, — um ein allgemeines Urteil über den Kognitionsprozeß nicht abzugeben — und ebenso im Gemeinen Prozeß, der auch keine datio actionis mehr kannte.

Auch das „zunächst rein logische Bedenken“ Bekkers (in Anm. 2 S. 349) gegen meine Folgerungen beruht nur auf Verkennung des rein Prozessualen. Er fragt, weshalb nach Darlegung von

I. (§ 4) der nur in iure zu untersuchenden Denegationsgründe,
II. (§ 8—12) der entweder in iure oder in iudicio zu untersuchenden Gründe,
III. (§ 13) der für das Denegationsrecht indifferenten Momente,

die mit I und II gegebenen Schranken durch III ihre Kraft verlieren sollten, es müßten vielmehr umgekehrt infolge III die unter I und II zusammengestellten Regeln ihre Kraft behaupten. Genau so wie der Kritiker des Zentralblattes verläßt Bekker hier den Verfasser, in dem Moment, wo dieser sich auf das rein prozessuale Gebiet begibt. Gäbe es nichts weiter wie I, II und III, so wäre allerdings kein Prinzip entdeckt worden und könnte man daran denken, daß dies in I und II liegen müsse. Ich aber habe noch einen Schritt weiter IV in das rein Prozessuale getan und dort das Prinzip gefunden. Dieses IV wird aber von Bekker als nicht geschrieben erachtet. Zudem fällt er auch insofern immer wieder in die alte Ansicht zurück, als er in I und II „Regeln der Denegation“ sieht, während es nur „Fälle“ sind.

Noch einen anderen Vorwurf Bekkers muß ich als unbegründet zurückweisen. Auf S. 367 spricht er von der lex Rubria und ihrem „ius dicito", stellt Vermutungen über dasselbe auf und sagt

> „Dann hätte es auch wohl zwei Arten der Denegation gegeben: Nichtzulassung zu dem Verfahren in iure und Verweigerung der actio auf Grund der in iure geführten Verhandlungen? Leider hat Schott diese Frage nicht in Betracht gezogen; ich möchte sie für erwägenswert halten u. s. w."

Das trifft nicht zu. Die l. 26 D. ex quibus causis maiores restituuntur 4. 6. gibt eine präzise Antwort auf diese Bekkerschen Fragen und ich habe sie S. 128, 129 meiner Schrift eingehend behandelt. Sie unterscheidet scharf und bezeichnet das eine als „denegare iurisdictionem" und das andere als „denegare actionem". Das denegare iurisdictionem stellt sie dem „ius non dicere, non audire" gleich und sie rechnet das denegare actionem zum ius dicere. Gerade diese Stelle ist eben für die gesamte Denegationslehre sehr wichtig.

Unter Nichtbeachtung derselben Stelle macht mir Bekker einen anderen Vorwurf. S. 148 spreche ich die Vermutung aus, daß die große Masse der denegierten Klagen definitiv mit der Denegation verschwand und sage unter anderem zur Unterstüzung dieser Vermutung

> „Außerdem wirkte inzwischen die Verjährung."

was Bekker zu folgendem Angriff hinreißt

> „Welche Verjährung? Prozeßverjährung, wenn es zum eigentlichen Prozeß gar nicht kommt? oder Klagenverjährung? im Prozeß der klassischen Periode? oder sollte hierbei wirklich nur an die dazumal noch recht raren Annalklagen gedacht werden?"

Ich bemerke einmal dazu, daß ich zwei Sätze vorher sage

> „Theoretisch war zwar die Wiederholung des Prozesses apud sequentem praetorem zulässig"

woraus wohl schon zu ersehen war, ob ich an die 30jährige theodosianische Verjährung dachte. Außerdem spricht in der erwähnten von mir eingehend behandelten l 26 § 4 l. c. das Edikt des Prätors über die Restitution (l 1. h. t.)

„ait praetor: sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur"

wozu Ulpian § 4 bemerkt

per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat

und ferner § 5

actio exempta sic erit accipienda, si desiit agere posse

und noch § 6

proinde si, dum vult apud sequentem praetorem agere, tempus frustratus est, non ei subvenietur.

Nach alledem dürfte wohl der Zweifel, woran ich „wirklich" gedacht habe, gelöst sein. Ich möchte meine gelegentliche Bemerkung jetzt noch weiter ausführen und bemerken, daß unter das eximere der actio auch die Akquisitiv-Verjährung fällt, wie z. B. §§ 7 und 8 dieser Stelle zeigen, und somit auch in ihrem Anwendungsgebiet bei den kurzen ein- und zweijährigen Fristen das definitive Verschwinden einer denegierten Actio nicht selten gewesen sein mag.

Damit sind wir schon bei der Wirkung der denegatio angelangt. Meiner Ausführung, sie sei eine Sachentscheidung, schenkt Bekker keinen Glauben, indem er fragt

„Auch wenn sie beispielsweise von dem Praetor urbanus gesprochen würde, weil er den Kläger für einen Peregrinen hielt? war damit ein späterer Nachweis der klägerischen civitas oder sonst eines Rechtsverhältnisses abgeschnitten oder festgestellt?"

Zur zweiten dieser Fragen kann ich nur bemerken, daß nach dem deutlichen „Nein" des § 14 meiner Schrift, in dem ich ausführe, die denegatio habe keine Rechtskraft, mir ihre Stellung nicht

nötig erscheint. Die erste zeigt die immer wiederkehrende Geringschätzung alles Prozessualen. „Zuständigkeitsfrage“ nennt man das im Prozeß und über diese wird durch Abweisung angebrachtermaßen oder absolutio ab instantia entschieden, nicht durch Sachentscheidung oder absolutio ab actione. Der Fall gehört in § 4 meiner Schrift. Ich scheide eben ihre Natur als absolutio ab instantia und absolutio ab actione. Ich sage nicht, daß sie nur eine Sachentscheidung sei, sondern ich sage S. 137, daß sie „auch die Sache selbst untersucht“, und S. 136, daß sie die Funktionen der absolutio ab instantia miterfüllt. Wenn ich eben weiterhin nicht mehr von der absolutio ab instantia spreche, so geschieht dies nur, weil darüber für den Prozessualisten nichts wichtiges Neues zu sagen war. Ihm genügt zur Klarheit das, was ich sage. Dagegen ihre weitere Funktion als Sachentscheidung war noch näher auseinanderzusetzen.

Eine ebensolche Verkennung des Prozesses liegt in Bekkers Frage S. 371

> „Wie der Prätor im stande gewesen sein sollte, bei den Verhandlungen in iure .... die faulen und chikanösen Sachen herauszuspüren, ist nicht recht ersichtlich u. s. w.“

Man erkennt sie doch heute, und wie geschieht das? Allerdings aus der Klageschrift allein sieht man es nicht, wenn sie geschickt abgefaßt ist. Aber im Prozeß pflegt doch auch der Beklagte zu erscheinen und zu reden. Und daraus kann man es heutzutage erkennen, und in Rom wird es nicht anders gewesen sein.

Soviel über die denegatio. Als Fazit ergibt sich, daß meine Darstellung ihres Wesens überhaupt nicht angegriffen, geschweige denn widerlegt worden ist. Die Äußerungen, die vorliegen, stellen fast ausschließlich eine Kette von Mißverständnissen dar, die aus einer — allerdings gewollten — Unkenntnis des Prozesses und Prozeßrechtes hervorgegangen sind.

Ich fasse der Klarheit halber nochmals meine Thesen zusammen. Die Denegatio ist kein bloßer Ausfluß des prätorischen Imperiums, kein bloßer Gewaltakt des Prätors, sondern sie ist ein

ius dicere und damit ein Prozeßakt, ein Prozeßinstitut. Sie ist eine Vorprüfung der weiteren Verhandlungswürdigkeit. Als solche umschließt sie einmal die Abweisung angebrachtermaßen, absolutio ab instantia, bei Mangel einer sog. Prozeßvoraussetzung. Das war schon früher z. B. von Bülow erkannt. Sie ist aber weiter noch eine sachliche Prüfung der Streitsache. Soweit ist sie Sachentscheidung. Sie ist aber kein Urteil, sondern ein eigenartiges Institut ohne Rechtskraft, das wir in unserem heutigen Prozeß nicht haben. Warum sie eingeführt ist, können wir deutlich erkennen, zum Zweck „lites deminuere". Wie sie eingeführt ist, ob durch Gesetz oder durch prätorisches Recht, das werden wir, wie manches andere, erst erfahren, wenn wir einmal alle Paragraphen der lex Aebutia kennen. Ein ius dicere ist und bleibt sie auf jeden Fall.

III. Die Editio formulae.

1. Sie ist keine Rechtspflicht.

Wenden wir uns zum edere actionem. Die neuere Literatur ist allgemein von der Ansicht durchdrungen — durch wen sie eingeführt ist, läßt sich nicht feststellen —, daß bei dem Erscheinen in iure für den Kläger die erste Pflicht war, die konkrete bestimmte actio, die er haben wolle, zu bezeichnen, und zwar in ihrem vollen Wortlaut, das heißt also die formula der geforderten actio selbst abzufassen und mitzuteilen. Diese formula hätte somit ungefähr[1]) die Stelle unserer Klageschrift vertreten. Soll dies nun eine Pflicht, ein Muß, gewesen sein — wie es bei uns die Klageschrift ist —, so müßte die Unterlassung irgend einen Nachteil zur Folge gehabt haben. Man könnte dabei nur an ein denegare iurisdictionem oder ein denegare der unter Formverstoß geforderten konkreten actio denken. Trotz-

[1]) In ihrem Zweck der Mitteilung, natürlich nicht in den Wirkungen. Vgl. Wlassak, Kognitur S. 5 Anm. 12. Auf die m. E. nicht richtige Ansicht von Demelius Confessio z. B. S. 115 kann hier nicht eingegangen werden.

dem uns nun aber in der justinianischen Kompilation das denegare auf allen nur denkbaren, auch längst unpraktisch gewordenen Gebieten zahlreich überliefert ist, findet sich keine einzige Stelle, die auch nur einen Zusammenhang mit dem Verstoß gegen eine solche Pflicht ahnen läßt.

Diese auffallende Erscheinung veranlaßte mich zur Nachprüfung und sie brachte mich dann zu der Überzeugung, daß eine solche Rechtspflicht zum edere formulam nicht bestanden habe. Tatsächlich ist das edere ganz unbestreitbar vorgekommen, mag es auch überaus häufig gewesen sein. Diese Tatsache darf man auch niemals außer acht lassen, wenn man die praktische Übung des römischen Prozesses sich vor Augen halten will. Etwas anderes ist es aber, wenn es gilt, den Rechtszustand zu erforschen, um daraus das Wesen, den inneren Aufbau eines Prozesses zu erkennen. Eine Verwechslung von tatsächlicher Übung und Rechtspflicht könnte da zu den folgenschwersten Irrtümern führen. Was für eine schiefe Vorstellung von unserem Prozeß würde es geben, wenn man die tatsächliche Übung der Anwälte, Rechtsausführungen zu machen, als Rechtspflicht betrachten würde? Während so das „iura novit curia" einer der obersten Grundsätze unserer Rechtspflege ist, würde bei derartigem Vorgehen eine spätere Geschichtsschreibung geradezu zum entgegengesetzten Resultat kommen.

Gerade nun die Erkenntnis, daß bei bestehender Editionspflicht die Römer das Gegenteil der Sätze „da mihi factum, dabo tibi ius" und „iura novit curia" als Prozeßprinzipien gehabt haben müßten, erregte meinen Zweifel. Dies wäre eine Überlastung des rechtsunkundigen Klägers gewesen, die das Bestehen eines Anwaltszwanges voraussetzen würde, wie er in solcher Rigorosität sich noch nirgends in der Rechtsgeschichte gezeigt hat. Ferner wäre dieses edere auch ein ganz sinn- und zweckloser Formalismus, der zu dem Lobe des Fortschrittes, das dem Formularprozeß gegenüber dem Legisdationenprozeß erteilt wird, nicht paßt. Sinn- und zwecklos deshalb, weil der Kläger noch gar nicht wußte,

was der Beklagte sagen würde und infolgedessen, ob die gewählte Formel passen würde oder nicht.

Ich freue mich der indirekten Zustimmung, die Bekkers Autorität mir erteilt, wenn er (S. 357) sagt, daß von dem Standpunkt der Auffassung aus, die die Majorität unserer Romanisten von der actio habe, man mir hierin recht geben müsse.

2. Individualisierung und Substantiierung.

Aber zwischen Bekker und mir waltet dazu noch ein Mißverständnis und unsere Ansichten gehen noch näher zusammen, als Bekker selbst glaubt. Er sagt zu meinen Ausführungen:

> „Wir stehen hier vor dem Produkt eines an sich nicht ganz üblen Gedankens mit einer Lücke in der Kenntnis des römischen Prozeßrechts, die zu einer Verwechslung von Grundbegriffen führt."

Diese sieht er in meinem Ausspruch „nicht das einfache civilrechtliche Angeben des Anspruches, das Individualisieren, hätte genügt, sondern der Kläger hätte das Prozeßmittel, die Formula genau bezeichnen müssen". Und er fragt dann: „Aber war dies in der Tat die schwierigere Aufgabe? Nehmen wir beispielsweise den Fall einer beendeten Vormundschaft: der frühere Mündel glaubt sich verkürzt und will deshalb klagen, was war nun die leichtere Edition?

> ich beabsichtige eine actio tutelae directa gegen den früheren Vormund und bitte mir die entsprechende allgemein bekannte Formel zu erteilen;

oder

> mein Vormund hat in dem Jahre die Einnahmen aus meinen Gütern bezogen, durch grobe in den (und den?) Handlungen gipfelnde Culpa soviel weniger als zu beziehen gewesen wären, vom Bezogenen hat er soviel unterschlagen, und zwar dergestalt, den Rest hat er widerrechtlich schlecht angelegt so und so, daraus sind mir die und die Verluste erwachsen, im folgenden Jahre aber u. s. w."

Ich muß sagen, wenn ich die Grundbegriffe in solch' konfuser Weise verwechselt hätte und letzteres Editionsbeispiel als das leichtere angesehen hätte, dann könnte Bekker zu Recht, wie er im Anschluß hieran tut, von „Expektorationen" sprechen und wäre jeder Federstrich, den er meiner Arbeit gewidmet hat, schon eine unverdiente Ehre.

Aber die Sache liegt anders. Das was er als falsch bekämpft, darüber spreche ich hier gar nicht, und soweit es überhaupt hereinspielt, würde ich es auch bekämpfen. Und das, was er will, will auch ich ungefähr. „Individualisierung" und „Substantiierung" sind fachwissenschaftliche Ausdrücke unseres Prozeßrechtes. Ich verlange bloß Individualisierung und Bekkers Beispiel I, das er für sich beansprucht, ist ein gut und scharf gewähltes Beispiel, aber für Individualisierung. Und Beispiel II, das er als das Meinige bezeichnet, ist ebenso ein gut und scharf gewähltes Beispiel für Substantiierung und diese bekämpfe ich, soweit sie in dieser Frage überhaupt in Betracht kommen kann.[1])

Zur Erläuterung dieses Bekkerschen Mißverständnisses diene folgendes. Für unseren heutigen Prozeß ist bestritten,[2]) ob die Klageschrift mit ihrem Erfordernis des „Grundes des erhobenen Anspruches" (§ 253 CPO.) zu ihrer formellen Vollständigkeit die Anführung der einzelnen Tatsachen, aus denen das Rechtsverhältnis oder der Anspruch entstanden ist (sog. Substantiierung) verlangt oder ob die Angabe der Merkmale genügt, durch welche sich der Anspruch oder das Rechtsverhältnis von anderen Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen unterscheidet (sog. Individualisierung). Zur Individualisierung genügt „Verlangen einer Sache

[1]) Das heißt soweit die Gegenansicht mit ihrer Forderung der Formelabfassung zugleich eine Substantiierung verlangen würde, weil es Formeln gibt — durchaus nicht alle, z. B. nicht die condictiones certi —, die schon eine Substantiierung enthalten, wie z. B. die actio Quasi-Serviana.

[2]) Eine kurze klare Darlegung dieses Streites siehe bei L. Seuffert, Kommentar zur ZPO. zu § 253 8. Aufl. S. 351 ff.

auf Grund des Eigentums", denn das heißt „nicht auf Grund eines Mietsrechtes, Nießbrauches u. s. w." oder „Verlangen auf Grund Erbrechtes" oder „Verlangen 1000 aus Vormundschaft" denn das heißt „nicht als Darlehen u. s. w." Dagegen die Substantiierung erfordert mehr „Verlangen auf Grund des Eigentums, das durch Kauf erworben ist" oder „Verlangen kraft Erbrechtes, das Kläger als gesetzlichem Erben zusteht" oder „als testamentarischem Erben zusteht" oder „Verlangen 1000 aus Vormundschaft, denn es liegt Schaden durch schlechte Verwaltung vor u. s. w." Für die Rechtshängigkeit, die Klageänderung, den Umfang der Rechtskraft und andere Dinge kommt die Entscheidung dieses Streites in Betracht. Er zeigt aber uns für die allgemeine Betrachtung, daß auch heutzutage die Frage der Mehr- oder Minderbelastung des Klägers eine große Rolle spielt.

Es ist mir nun nicht im entferntesten eingefallen, diesen Streit auf das edere formulam übertragen zu wollen, denn darauf paßt er gar nicht. Viele Formeln begründen, substantiieren den Anspruch gar nicht näher. Ja viele Formeln individualisieren ihn nicht einmal, denn dem „si paret centum dare oportere" sieht man nicht im geringsten an, woraus die centum geschuldet werden. Der Gegensatz, um den es sich bei der Editionspflicht dreht, ist daher auch gar nicht der, ob weniger oder mehr Zivilrecht gefordert wird, ob zivilrechtliche Angabe, Individualisierung genügt oder zivilrechtliche Begründung, Substantiierung gefordert wird, sondern er geht dahin, ob zivilrechtliche Angabe genügt oder Vorlegung des ausgearbeiteten Prozeßmittels erforderlich ist (S. 37 meiner Schrift). Aber das Objekt des Streites ist in beiden Fällen, im römischrechtlichen Streit wie im modernen, dasselbe und daraus ergibt sich wenn auch kein Zusammenfallen in der ganzen Linie, so doch ein Berühren in einzelnen Punkten. Dazu ist der Gedanke, um den sich der moderne Streit dreht, ein so allgemeiner,[1]) daß der moderne Prozessualist an manchem sol-

[1]) Er findet sich anderswo auch im römischen Prozeß. Früher glaubte man, daß in iure nur ein formeller, sozusagen bloß theoretischer Streit über die

chen Berührungspunkte sich die Frage vorlegen wird, ob es sich etwa hier auch im römischen Prozeß um diese Prinzipien gehandelt habe. Ich habe nun meine Schrift nicht bloß für nur-zivilistische Romanisten geschrieben, sondern auch für Prozessualisten und deshalb wäre es ein Fehler gewesen, wenn ich diese nicht hier durch das einzige Wort Individualisierung darüber orientiert hätte, ebenso wie ich es an anderer Stelle (S. 138) kurz durch das Wort Substantiierung getan habe. Nur in einer einleitenden Bemerkung (S. 37) und nur in einer m. E. nicht mißzuverstehenden Paraphrase. „Also nicht das einfache zivilrechtliche Angeben des Anspruches, das Individualisieren hätte genügt u. s. w." gebrauche ich es und darum habe ich guten Grund, jede Verantwortung für Bekkers Verwechslung abzulehnen.[1]) Das Mißverständnis Bekkers ist an sich erklärlich. Er setzt Individualisierung gleich Spezialisierung, was häufig geschieht, wenn es auch nicht genau ist. Aber es zeigt immerhin einen ungesunden Zustand unserer römischen Prozeßwissenschaft. Denn es ist ungesund, wenn man auf einem solchen Fachgebiet nicht ohne Gefährdung fachwissenschaftliche Ausdrücke verwenden kann.[2])

Sachlich stehen Bekker und ich also auf derselben Seite. Auch er verlangt nicht, daß der Kläger eine ausgearbeitete Formel vorlegt, wie dies die herrschende Meinung tut. Er fordert anscheinend nur „ut actio speciali nomine sit intentanda" (vgl. S. 34 Anm. 2 meiner Schrift)

„ich beabsichtige eine actio tutelae directa gegen den

Wahl der richtigen actio und ihre Abfassung stattgefunden hätte, also eine Art Individualisierung, während alle nähere tatsächliche Begründung in das iudicium gehört habe. Jetzt hat man hoffentlich erkannt, daß schon in iure mündlich substantiiert werden müßte.

[1]) Zumal ich den anderen Ausdruck „Substantiierung" auf S. 42 erläutere und darnach, ganz abgesehen von meinen sachlichen Ausführungen, ein Mißverständnis ausgeschlossen schien.

[2]) Um die sachliche Übereinstimmung mit der Prozeßwissenschaft herzustellen, muß man auch an den anderen Stellen, wo Bekker „Individualisierung" gebraucht, z. B. S. 357, 368, dafür „Substantiierung" einsetzen.

früheren Vormund und bitte mir die entsprechende allgemein bekannte Formel zu erteilen"

und damit kommt er meiner Ansicht entgegen (S. 52 Anm. 14 meiner Schrift).[1]) Ich unterscheide mich aus den in meiner Schrift angeführten Gründen nur insofern von ihm, als der Kläger m. E. nichts weiter zu sagen hatte als

ich beabsichtige eine Klage gegen meinen früheren Vormund und bitte mir eine passende actio zu erteilen.

Alsdann begann die Verhandlung, in der er nun sein Begehren mündlich zu substantiieren hatte, d. h. die Tatsachen zu erzählen, nicht auch sie rechtlich zu charakterisieren hatte.[2])

Dabei, daß ein edere formulam als Rechtspflicht ein sinn- und zweckloser Formalismus gewesen wäre, muß ich einstweilen verharren, ebenso wie ich das „allgemeine Bekanntsein" der Formelwortlaute, sodaß z. B. der Bauer keines Anwaltes bedurft hätte, nach wie vor nur für graue Theorie, für ein Wolkengebilde des Begriffshimmels halte.

3. Prätor und Laie.

Wichtiger wäre ein Einwurf, auf den ich von geschätzter Seite aufmerksam gemacht wurde, und der dahin geht, daß ich zu Unrecht Bedenken trage, dem Laien die Wahl der actio zuzumuten. Der Prätor sei doch auch ein Laie gewesen und deshalb könne man ferner auch nicht die iurisdictio praetoria in einem Gegensatze zu der Laienrechtspflege des Geschworenen bringen. Dieser Einwurf trifft eine empfindliche Lücke in unserer Kenntnis des römischen Rechtes. Aber dies Bedenken würde noch über die Formelausgestaltung hinausgehen. Auch seine gesamte

[1]) Ich weise auch dieses als Erfordernis zurück, weil es einerseits eine ganz zwecklose Belastung wäre, andererseits auch die darin liegende Anforderung der rechtlichen Charakterisierung des Begehrens eine zu große wäre. Im vorliegenden Beispiel Bekkers ist es ja leicht, aber häufig ist für den Richter die Frage „Qualis sit actio" die schwierigste im Prozeß. S. 37 meiner Schrift.

[2]) Wohin dagegen das Fordern der editio führt sieht man z. B. bei Demelius, Confessio S. 115, 116.

übrige jurisdiktionelle Wirksamkeit z. B. allein die Berücksichtigung der Restitutionen bewegt sich auf Gebieten, auf denen es sich nicht bloß um die leichtere Aufgabe der Tatsachenwürdigung handelt, sondern sie scheint im eminentesten Sinne einen durchgebildeten Juristen vorauszusetzen. Und dann seine welthistorische, fast legislative Tätigkeit? Daß das prätorische Recht nicht von Laien geschaffen werden konnte, ist ohne weiteres klar und daß Juristen es gemacht haben, zeigt doch schon die elegante Fassung, welche die der leges und senatus consulta weit überragt. Eine allseits befriedigende Aufklärung läßt sich nicht geben. Denn der Ausweg, welcher die Prätoren als fortdauernd und allgemein abhängig von den Rechtsgelehrten hinstellt, ist auch wenig befriedigend. Daß sich Prätoren der Hilfe angesehener Juristen bedient haben, wissen wir.[1]) Daß aber diese Juristenklasse die Prätoren als solche am Gängelbande gehabt hätte und diese bei Licht betrachtet nur sozusagen Marionetten gewesen wären, die die Juristen nach ihrem Ermessen spielen ließen, das scheint mir doch eine bedenkliche Annahme zu sein. Ich möchte das Richtige in der Mitte suchen und vermuten, daß die Prätoren weit mehr juristisch ausgebildet waren, als man anzunehmen geneigt ist. Selbst wenn ein staatsrechtlicher Grundsatz bestanden hätte, daß zum Prätor auch Laien erwählt werden konnten, so dürfte man allein aus ihm nicht zu viel schließen. In Preußen könnte der König nach dem Gesetz auch einen Husarengeneral zum Justizminister machen. Wenn aber eine spätere Geschichtsschreibung aus diesem Rechtszustande folgern würde, daß die Justizminister Laien gewesen wären, so würde sie doch weit in die Irre gehen.

Nun kann man aber auch die Prätoren gar nicht als Laien bezeichnen. Wir verstehen darunter einen solchen, der, sei es in Kirche, sei es im Staat, nicht die Weihe eines Examens und der damit verbundenen ausdrücklichen behördlichen Anerkennung gefunden hat. Dieses segensreiche Institut findet sich aber für Roms

[1]) Fälle z. B. Cicero de orat. I, 37, 168. Ulp. Cels. l. 3 § 1 D. 4. 4.

Juristen nicht. Insofern wären alle römische Beamten Laien gewesen. Die Höheren waren es aber nicht, denn es bestand doch das Erfordernis einer Vorbildung für diese Ämter und hier speziell für die Prätur in der tatsächlich schon vorher, gesetzlich seit der lex Villia (schon von 180 v. Chr.) bestehenden Ämterfolge,[1]) die doch den offenbaren Zweck hat zu verhüten, daß unausgebildete Leute zu verantwortlichen Stellungen gelangten. Gesetzliche Vorstufe zur Prätur war die Quästur, „die praktische Schule der künftigen Beamten", wie sie Mommsen nennt, und vor dieser der Legionstribunat, gesetzlich zwar erst seit Augustus, tatsächlich aber „von jeher für den jungen Römer, der für den öffentlichen Dienst sich befähigen wollte, die eigentliche Vorschule". Tatsächlich ist auch die Bekleidung der curulischen Ädilität vor der Prätur „ohne Zweifel von jeher Regel gewesen". In diesen Ämtern ist Verwaltungstätigkeit mit juristischer Tätigkeit vereinigt — die Quästoren haben die ädilicische Kompetenz und auch die übrige Jurisdiktion finden wir ihnen mandiert[2]) — und so bildeten sie in Verbindung mit der Promagistratur und dem Assessorentum, sowie der Legatentätigkeit eine praktische Vorbereitungszeit, wie sie sich eigentlich nicht besser denken läßt und die jedenfalls nicht gestattet, den aus ihr Hervorgegangenen noch als Laien zu bezeichnen.

Ein feiner Zug des römischen Staatsrechtes ist es auch, daß die Amtsführung als praetor urbanus keine nötige Vorbedingung für die Bewerbung um das Konsulat war. Dadurch wurde diese höchste Justizstelle vor der Gefahr bewahrt, die notwendige Durchgangsstufe für alle vielleicht nur politisch, nicht aber auch juristisch begabten und interessierten Konsulatsbewerber zu werden. Erst nach 561, Mommsen vermutet durch das villische Gesetz 574, als schon vier Präturstellen vorhanden waren, wurde die Bekleidung irgend einer Prätur Erfordernis. Vorher bestand auch keine tatsächliche derartige Übung. Auch die Bestimmung, daß der

[1]) Vgl. Mommsen, Staatsrecht, 3. Aufl., I S. 537 ff.

[2]) Mommsen I S. 231.

praetor urbanus nicht inter ceteros gewählt wurde und seine Prätur dann durch das Los erhielt, sondern daß er stets nominatim gewählt werden mußte, bürgte für eine bessere Auswahl desselben. Und daß so viele unter den Rechtsgelehrten, von dessen Leben wir überhaupt genaueres wissen, Prätoren gewesen sind, zeigt, daß man diese Stelle gern mit Juristen besetzte. Natürlich sind aber auch juristisch nicht besonders begabte Leute Prätoren geworden und unter diesen wird dann die Jurisdiktion keine energische Handhabung und die Legislegative keine welthistorische Förderung erfahren haben.

Das Ergebnis ist, daß zwischen Prätor und Judex, jeder für sich betrachtet — denn einen juristischen Beirat konnten beide zuziehen — jedenfalls der Unterschied zwischen einem notwendig juristisch ausgebildeten Beamten[1]) und einem nicht notwendig so ausgebildeten Laien bestand. Und gegenüber dem Kläger, der die formula sich suchen oder gar ausarbeiten soll, — der ein Mann aus dem Volk ist und nicht wie der Judex notwendig ein Ungehöriger der privilegierten gebildeten Stände, erweitert sich dieser Abstand zwischen dem Prätor als Juristen und dem Laien noch ganz bedeutend.

Schließlich aber auch, selbst wenn ein Prätor trotz der Vorbildung juristisch geringwertig war, so konnte er zweifellos seine jurisdiktionelle Tätigkeit so wenig wie seine legislative ohne Beistand eines Juristen vollbringen. Das ist ganz ausgeschlossen. Dieser Jurist wurde dann aber nicht bloß gelegentlich als Bekannter um Rat gefragt, sondern er saß nach Cicero, de oratore I, 37, 168, wie Karlowa[2]) mit Recht hervorhebt, „in tribunali praetoris“ mit dem Prätor auf dem Tribunal und wir haben somit auch dann immer den Gegensatz von Jurisprudenz auf der Beamtenseite und Laientum auf der Parteienseite. Zur Annahme eines Anwalts-

---

[1]) Über das Maß der Ausbildung zu streiten, hat bei unserer geringen Kenntnis wenig Zweck.

[2]) Röm. Rechtsgeschichte I S. 191.

zwanges, damit diese Anwälte den juristisch unkundigen Prätor belehren sollten, sind wir niemals gezwungen.

4. Die Arbeitslast des Prätors.

Man glaubt vielfach, die editio formulae sei bei den Römern deshalb im Prozeß gesetzlich verlangt worden, weil ohne die in ihr liegende Vorarbeit der Prätor gar nicht im stande gewesen wäre, die ihm obliegende Arbeit zu bewältigen und diese seine Überbürdung führt man auch immer dafür an, daß das Verfahren in iure nur formale Bedeutung gehabt haben könne und keine Zeit zu langen Verhandlungen und Denegationen gewesen sei. Ich habe zu diesen Gedanken in meiner Schrift S. 150 ff. Stellung genommen. Es seien auch hier noch einige Worte über die Arbeitslast der Prätoren gestattet. Es hat keinen Wert, hier über ein Mehr oder Weniger zu streiten, denn wir wissen zu wenig darüber. Staunenswert, wie Bekker (S. 359) richtig sagt, bleibt die Leistung der Prätoren jedenfalls. Aber unmöglich ist sie nicht, wie die bekannte Tätigkeit der heutigen englischen Richter zeigt. Um die Erkenntnis kommt man jedenfalls heute nicht mehr herum, daß ihre Tätigkeit in iure keine bloß formale war oder sich bloß mit den vielen Versäumnis-, Anerkenntnis- und Schiedseidsachen, sowie der Vollstreckungsgerichtsbarkeit befaßte, sondern daß sie infolge der Formelgestaltung Stipulationen, Kautionen, Interrogationen u. dgl. auch in die Prüfung verwickelter Sachen eintreten mußten.[1]) Ich behaupte durchaus nicht, daß die Prätoren in der Bestellung von iudices zu schwerfällig gewesen wären, sondern nur, daß sie Sachen, in denen sie selbst schon klar sahen, nicht erst an diese Judices wiesen. Damit hätten sie sich nur mehr Arbeit gemacht. Denn die Behauptung, daß die Parteien sich schon meistens unter sich über die Formel geeinigt hätten, widerspricht unserer heutigen Erfahrung über das Verhalten der

[1]) Jörs weist mit Recht darauf hin, daß die Überlieferung z. B. Ciceros Schriften uns das Verfahren in iure als ein sehr wichtiges und verhandlungsreiches schildern. Röm. Rechtswissenschaft I S. 222, 223.

Prozeßparteien. Die Regel bei ihnen ist das Uneinige — auch wenn Anwälte dabei sind! — und die Ausnahme ist das Einige. Die römischen Juristen wären vermutlich sehr erstaunt, wenn sie lesen könnten, was für ideale Prozeßparteien ihre Landsleute nach der Darstellung heutiger Romanisten gewesen sein sollen. Aus dem Gerichtsleben geschöpft ist ihre Bezeichnung des Beklagten als Negidius. Und nach der Lektüre moderner Theorien, die die Römer zu Idealen machen wollen, nur damit sie zu diesen Theorien schön passen, klingt es einem mit geradezu herzerfrischender Praxis aus den Schriften der alten Juristen entgegen, wenn Paulus l. 83 § 1 D. 45. 1 von diesem idealen, zu allem bereiten, stets einigen Beklagten gerade bezüglich der Verhandlung in iure sagt, daß auf die Einigkeit kein Verlaß sei, denn „alioquin semper negabit reus se consensisse" und ebenso Ulpianus und Celsus l. 61 D. 5. 1 „qui semper ne condemnetur hoc dicet non convenisse". Auch heute liest man in den Schriftsätzen der Anwälte auch bei harmlosen Sachen nicht selten den Satz „Alles übrige wird bestritten".

Die Parteien hätten auch töricht gehandelt, wenn sie nicht um jeden Formelzusatz gekämpft hätten. Und diesen gesamten Kampf hätte der Prätor anhören sollen, auch wenn er sich schon der richtigen Entscheidung bewußt war? Das wäre keine Arbeitsersparnis.

Formelerteilung ohne materielle Sachprüfung hätte praktisch dazu geführt, daß die Parteien in der Behauptung notwendig sein sollender Formelzusätze unbeschränkt gewesen, sich darin gegenseitig überboten hätten und damit die Formel schwer abfaßbar und schwer verständlich gemacht, überhaupt den Formularprozeß ruiniert hätten. Materielle Prüfung der Notwendigkeit einzelner Zusätze, z. B. Anhörung eines gemeinsamen, mitgebrachten Zeugen, Vorlegung einer Urkunde wird aber häufig gleich die ganze Sachlage geklärt und zur Denegation geführt haben. Sagt ein anderer Zeuge das Gegenteil, so erfolgt natürlich leicht die Verweisung in das iudicium. Bestreitet Kläger aber ohne anwesenden Gegen-

zeugen die Aussage des ersten Zeugen, so erfolgt entweder je nach Glaubwürdigkeit des Zeugen doch Denegatio oder Abnahme einer sponsio für die Richtigkeit des Bestreitens und alsdann Verweisung in das iudicium. Wo bei alledem eine bedeutende Überlastung des Prätors bei Ausübung der Denegation liegen soll, sehe ich nicht ein.

5. Die Kompetenz der Ädilen.

In meiner Schrift hatte ich auch darauf aufmerksam gemacht, daß die Arbeitslast der Prätoren durch die ausgedehnte Kompetenz der Ädilen in den praktisch die größere Masse bildenden Kaufprozessen erleichtert war. Daß sie von Anfang an die Kompetenz über den ganzen Kauf gehabt hätten, behaupte ich nicht. Daß sie ihn aber einmal gehabt haben, scheint mir bei den mehrfachen Quellenäußerungen unbestreitbar. Daß alle von Ulpian herrührende Stellen, l. I ad ed. curul., l. 1 pr. D. h. t.

> Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes

und l. 63

> „ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur. haec tamen ratio redditur vel quia numquam eorum de hac re fuerat iurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt“

sowie l. VIII disput., l. 49 h. t.

> etiam in fundo vendito redhibitionem procedere

wie auch Modestin l. 62 h. t. (res venales allgemein), alle in ihren hier entscheidenden Worten nachulpianische Interpolationen enthielten, wird sich nicht behaupten lassen. Also hatten die Ädilen die Kompetenz zu Ulpians Zeit. Wäre sie ihnen aber erst nach Hadrian-Julian verliehen worden, so wäre uns eine so wichtige Änderung in den Schriften der klassischen Juristen sicher überliefert und auch Ulpian hätte sie nicht als so in der Ferne liegend

bezeichnen können, wie er es in der l. 63 h. t. tut. Den direkten oder indirekten Überblick über diese kaum 80—90 Jahre von Julian bis zu ihm kann man ihm nicht absprechen. Also hatten sie die Kompetenz schon vor 129.

Hier setzt nun eine andere Erwägung ein. Schon vor der Ediktsredaktion, schon bei Labeo (l. 1 h. t.) finden wir eine Ausdehnung der ädilicischen Sätze über den Markt- oder Viehkauf hinaus. Wie hätten die Prätoren diese bewerkstelligen sollen, wenn sie selbst die Jurisdiktio gehabt hätten. Bei der späteren Jurisprudenz von Julian an ließe sich das mit Wlassak[1]) aus einer Rezeption des Ädilenrechtes in das Zivilrecht erklären, wie sie uns in der Verwendung der actio emti zur Funktion der quanti minoris in l. 13 pr. § 1 D. de act. emti 19. 1 entgegentritt.[2]) Vor der Redaktion aber erschiene mir der Gedanke einer Rezeption direkt in das Zivilrecht und des sich daraus ergebenden Umschwunges „mit einem Schlag" gewagt. Der natürlichere, dem Verhältnis von Prätur und Jurisprudenz entsprechende, auch die großen Schwierigkeiten einer Subsumtion der ädilicischen Rechtsmittel,[3]) — die nicht aus dem Wesen des Kaufes folgen, sondern positive Sonderbestimmungen sind — unter die actio emti vermeidende Weg wäre vielmehr Aufnahme dieser Rechtsmittel in das prätorische Edikt oder Gewähren von actiones in factum gewesen. Nun ist uns aber von einem Edikt des Prätors über den Kauf (ich meine hier selbstverständlich nur den reinen Kauf, nicht den mit anderen z. B. adjektivischen Verhältnissen kombinierten) oder von solchen actiones in factum nicht das geringste bekannt. Ja in den sedes materiae des Kaufes — Buch 18 der Digesten

[1]) Wlassak, Negotiorum gestio S. 167 ff.

[2]) Die l. 11 § 3 h. l. „redhibitionem quoque contineri emti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus" erachte ich nicht als Beweis hierfür. Denn die zur Erläuterung angeführten Beispiele zeigen, daß hier nicht das besondere Institut der Wandelungsklage gemeint ist, sondern nur der Rücktritt vom Vertrag, also der gleiche Effekt aus anderen Gründen.

[3]) Hanausek, Haftung des Verkäufers S. 55 ff., Pfersche, Error in substantia S. 62 ff.

mit den Titeln „1 de contrahenda emptione, 2 de in diem addictione, 3 de lege commissoria, 4 de hereditate vel actione vendita, 5 de rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere, 6 de periculo et commodo rei venditae, 7 de servis exportandis, und Buch 19, Titel 1 de actionibus emti venditi, sowie in den davon handelnden Büchern 32 von Ulpian und 33 von Paulus zum Edikt, 15 von Julian zu Sabinus und 10 von Gaius zum Provinzialdikt — wird der Name des Prätors kein einziges Mal[1]) mit dem Kauf in Verbindung gebracht. Diese Tatsache allein ist nicht ausschlaggebend und nicht besonders ungewöhnlich, denn sie findet sich z. B. auch im Titel locati conducti. Sie wäre aber sehr auffallend, wenn wir hier eine im Fluß befindliche Materie vor uns hätten. Denn daß sich diese Rezeption vom Ädilenrecht zum Zivilrecht ganz über den Kopf des von ihr betroffenen Prätors hinweg vollzogen und in seiner Rechtsprechung keinen Ausdruck gefunden haben sollte, das erscheint mir nicht glaublich. Folgen wir aber den Quellen, so wie sie nun einmal lauten und geben wir den Ädilen somit jedenfalls schon zu Labeos Zeiten die iurisdictio über den Kauf, so kommen wir über all diese Schwierigkeiten am besten hinweg.[2]) Vom prätorischen Edikt können wir nach dem Stand der Quellen wohl sicher sagen, daß es sich nicht damit beschäftigte, vom Ädilenedikt ist uns nicht alles überliefert — z. B. fehlt das Edikt über

---

[1]) Er findet sich überhaupt nur zweimal, in l. 8 D 18. 5 „sed servi nomine praetoria actione teneri“ und in l. 43 D. 19. 1 bei einer fideikommissarischen Freilassung. Das Zivilrecht überwiegt bei weitem in diesen Titeln. Von den 81 Fragmenten des Titels 18. 1 sind nur 10, von den 55 des 19. 1 nur 11 aus den Kommentaren zum prätorischen Edikt. Daß in diesen Titeln wie Büchern die angeblich prätorischen wie ädilitischen Käufe miteinander vermischt werden, ist bekannt.

[2]) Auch die hilfsweise Verteilung der Ädilenkompetenz unter die Prätoren nach der Größe oder Wichtigkeit der Objekte (Dio 53. 2 „*τὰ μὲν μείζω τῷ ἀστυνόμῳ, τὰ δὲ ἕτερα τῷ ξενικῷ*“, vgl. S. 134 meiner Schrift) spricht für die umfassendere Kompetenz. Denn daß man bei Sklaven- und gar noch bei Viehkauf die Kompetenz nach der Höhe des einzelnen Preises verteilt hätte, erscheint doch recht unglaubwürdig.

die actio quanti minoris —, warum sollen wir da trotz den darauf hinweisenden Quellen seine Befassung mit der Sache ableugnen?

IV. Die Litiskontestation.

Die Behauptung, daß ein einleitendes edere formulam durch den Kläger nicht stattgefunden habe, forderte eine eingehende Auseinandersetzung mit der bekannten Lex „qua quis actione agere volet eam edere debet". Ich kam zu dem Ergebnis, daß sie nur von dem edere einen vollkommen ausgearbeiteten formula — nicht den bloßen Angeben der actio — handeln könne und daß damit das edere bei der Litiskontestation gemeint sei. Dies führte mich zu einer Stellungnahme in dem Streite über die Litiskontestation. Letztere steht augenblicklich wieder im Mittelpunkt des Interesses. Seit meiner Schrift haben Bekker, Hölder (kurz vorher im Dekanatsprogramm vgl. S. 57 meiner Schrift, jetzt umgearbeitet) und Lenel in dem letzten 37. (24.) Bande der Sav. Zeitschrift für Rechtsgeschichte zu verschiedenen Fragen sich ausgelassen, auf die ich hier kurz eingehen muß.

1. Der Zeugenaufruf.

Den Zeugenaufruf hatte ich im Gegensatz zur herrschenden Ansicht auch noch im Formularprozeß und nicht bloß ursprünglich in ihm als vorkommend bezeichnet. Bekker tadelt, daß Hölder dies im Gegensatz zum Dekanatsprogramm (S. 8) jetzt (S. 201 ff.) auch annehme, da wir in den Quellen keine Spur von ihm fänden und nicht einzusehen sei, welchen Nutzen er gebracht haben solle. Über den Nutzen habe ich mich in meiner Schrift ausgelassen. Der Zweck ist Konstatierung der Übereinstimmung der vom Prätor erteilten Urschrift der Formel mit deren Abschrift,[1]) die der Kläger entweder dem Beklagten cediert oder

[1]) Also nicht des Konsenses der Parteien vgl. Lenel Zeitschrift für RG. 15 (28), 1894, S. 380.

zurückbehält, wenn er diesem die Urschrift cediert. Würde sich später vor dem Judex zeigen, daß die beiden „editae formulae" nicht übereinstimmen, so läge sofort auf der Hand, daß eine Fälschung vorgekommen sein müsse. Außerdem ist der Nutzen des Zeugenaufrufes der, daß die Vornahme der Litiskontestation nunmehr bezeugt ist, was bei späterem Liegenlassen des Prozesses von Bedeutung ist. Auch Lenel (S. 341 f.) scheint jetzt „gegen die Annahme, der Zeugenaufruf habe sich so lange erhalten wie der Formularprozeß selber ein durchschlagender Gegenbeweis nicht geführt werden zu können. Ebensowenig aber ein durchschlagender Beweis dafür". Er differiert von Hölder darin, daß er trotz des „solet" ein notwendiges Geschehen für möglich erachtet. Ich bin der Ansicht, daß der Aufruf im oben angegebenen Interesse des Klägers nötig und deshalb als tatsächliche Sicherheitsmaßregel üblich gewesen sein mag, daß Hölder aber zu Recht seinen Charakter als „notwendige Formalität", deren Fehlen den Akt ungültig machen würde, verneint. Daraus erklärt sich, daß uns wenig über ihn überliefert wird. Als praktisches Institut, glaubte ich, hat er sich aber doch aus den angegebenen Gründen lange erhalten. Lenel wird darin Recht haben, daß er mit zunehmendem Protokollwesen verschwunden ist.

2. Die iudicis datio.

Die lex Pinaria, die die iudicis datio erst nach 30 Tagen stattfinden läßt, soll nach der bisherigen, auch Wlassakschen Ansicht nur für den Legisaktionenprozeß gegolten haben. Ich vindizierte ihr (S. 59) die Geltung auch für den Formularprozeß, damit der Beklagte Zeit zur Überlegung habe „utrum cedere an contendere ultra debeat" und sehe darin, wie dort näher ausgeführt, ein psychologisch fein ersonnenes Mittel. Diesen Ausführungen möchte ich noch hinzufügen, daß auch der Kläger, der im ersten Ärger und Eifer zur Litiskontestation geschritten war, bei ruhiger Überlegung der ihm vielleicht nur mit einer unangenehmen exceptio erteilten formula manchmal auf das Wieder-

kommen verzichtet haben wird.[1]) Weiteren Quellenbeweis verschob ich auf später. Jetzt zeigt sich auch Lenel als Anhänger der Ansicht, daß die Ernennung des Judex ganz normaler Weise erst in einem späteren Termin erfolgte, wenn er auch nicht gerade an die lex Pinaria anknüpft. Seinen Quellenstellen möchte ich noch beifügen, daß die wohl aus der bekämpften Auffassung entsprungene Korrektur des Gaius IV, 15 in

ut autem die XXX iudex daretur per legem Pinariam factum est

willkürlich ist, denn die Handschrift hat nach dem Apographum ersichtlich ein „detur". Gaius spricht also noch von der Gegenwart.[2])

Ich scheide mich aber darin von Lenel, daß er anscheinend alles, was mit der Judexbestellung zusammenhängt, in den zweiten Termin verweisen will. Ich glaube, daß man hier die ihm selbst gegenüber erfolgende Ernennung von den Verhandlungen der Parteien über ihn und von seiner Bestimmung durch den Prätor den den Parteien gegenüber trennen muß. Diese Bestimmung seiner Person und diese Verhandlungen müssen schon in iure vor der Formelerteilung erfolgt sein. Sonst wäre ja bei einer späteren Weigerung der Parteien die ganze Mühe der Unterhandlungen in iure und der Formelgestaltung umsonst gewesen. Wahrscheinlich hat der Prätor hier nach Anhörung der Parteien[3]) den Judex ihnen gegenüber definitiv bezeichnet. Wahrscheinlich wurde damit die iudicis datio für die Parteien ein Bestandteil der Formel, mit der die Litiskontestation nunmehr erfolgte. Sie teilt von nun an das Schicksal der Litiskontestation, ihre bindende Wirkung, wenn sie erfolgt, ihre Folgen, die Indefensität, wenn sich der Beklagte

---

[1]) Vgl. in anderem Zusammenhang Lenel Z. f. RG. 15 (28) S. 376.

[2]) Demgegenüber kann das aus dem 5. Jahrhundert stammende „poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem" des Pseudo-Asconius (ed. Orelli p. 164) nicht in Betracht kommen, zumal dieser Verfasser an der Stelle fortlaufend in der Vergangenheit spricht.

[3]) Über ihre Mitwirkung weiter unten 5, g.

gegen sie sträubt. Dann nach 30 Tagen erfolgt die Ernennung des Judex dem Judex gegenüber, das iudicare iubere.[1])

Die Wahl des Judex in absentia halte ich für wahrscheinlich.[2]) Die Parteien konnten an jedem Gerichtstage vor dem Prätor erscheinen und der Kläger wohl jeden Beliebigen aus dem album iudicum selectorum vorschlagen. Unmöglich kann aber an alle auf der Liste stehenden Geschworenen die Anforderung gestellt worden sein, an jedem Gerichtstag unnütz zur Verfügung zu stehen.[3]) Ihr Dienst wird wohl geregelt gewesen sein und sie werden abwechselnd ihre festen Tage gehabt haben, an denen sie zur Stelle sein mußten. Aber nicht, um sich zur Wahl zu stellen, sondern um jetzt für den konkreten Prozeß bestellt zu werden und mit den Parteien gleich in die Verhandlung einzutreten oder wenn sie schon besetzt waren, ihnen einen Termin zu bestimmen.[4]) Die triginta dies der lex Pinaria können vernünftigerweise — man denke an auf den Dreißigsten fallende Festtage — nur eine Minimalfrist bedeutet haben.[5]) Auf den ersten nach Ablauf der 30 Tage fallenden Gerichtstag des Geschworenen bestellte der Prätor die Parteien ad iudicem accipiendum wieder. Über alles dies fehlen uns sichere Nachrichten, aber daß ein Volk, das ein album iudicum selectorum, dies fasti und nefasti, Gerichtsferien u. dgl. hatte, auch seine 300 bis 900 Geschworene[6]) nicht planlos wie eine Herde auf dem forum herumlaufen ließ, sondern sie in irgend eine Organisation brachte, dürfte unbestreitbar sein.

3. Der äussere Vollzug der Litiskontestatio.

Der äußere Vollzug der Litiskontestation liegt im

[1]) A. M. Wlassak, Prozeßgesetze II S. 197 Anm. 18.

[2]) A. M. Lenel Z. f. RG. 24 (37) 1903 S. 339.

[3]) So auch Lenel S. 338, 339.

[4]) Pseudo-Asconius ed. Orelli 164 (Sakramentsprozeß) poscebant iudicem qui dabatur post trigesimum diem; quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant.

[5]) Vgl. Pseudo-Asconius p. 164 ed. Orelli „poscebant iudicem qui dabatur post trigesimum diem".

[6]) Vgl. Mommsen III S. 533 und die dort zitierten Stellen.

edere der formula durch den Kläger und accipere derselben durch den Beklagten. Ersetzt werden konnte es durch die übrigen in l. 1 D. 2. 13 genannten Arten, Übergabe einer Abschrift, Abschreibenlassen, Diktieren. An diesem Kern der Wlassakschen Ansicht ist m. E. unbedingt festzuhalten. Alles Abweichen davon bringt nur wieder Verwirrung. Lenel sah früher das dictare als einzige Editionsform an und jetzt will er in diesem dictare sogar nur ein „Vorsprechen" ohne Nachschreiben sehen, weil Hölder damit Recht habe, daß der Beklagte durch einfaches Nichtnachschreiben die Litiskontestation vereiteln könne. Dieses laute Vorsagen wäre aber eine zwecklose und erfolglose leere Formalität gewesen. Bei den Formeln kommt es auf jedes Wort, ja auf jede Silbe an. Einen Beklagten, einen Bauern oder sonstigen kleinen Mann oder einen rechtsunkundigen Gebildeten, der auf Grund des einfachen Vorsagens sich eine komplizierte Formel wie etwa die Publiciana, die Confessoria, die Redhibitoria, die Quasi-Serviana alle noch mit einigen Exzeptionen oder anderen Zusätzen versehen, gemerkt hätte, hat es in Rom sowenig gegeben, wie es ihn heute geben würde. Und auch Zeugen, die nach 30 Tagen noch jede Silbe im Kopfe hätten, wird man unter 1000 kaum einen finden. Also ließe sich das Vorsagen nur als Druckmittel verteidigen, um das Nachschreiben zu erzwingen. Der Chikane zwischen dem schnell Hersagenden und dem nur langsam schreiben Könnenden oder Wollenden war damit ein weiter Spielraum geschaffen. Und in welche Klemme geriet erst der Arme, der nicht schreiben konnte und der kein Geld bei sich hatte, um einen Schreiber zu mieten? Ein solcher Aufbau des römischen Prozesses, der den Unbemittelten gezwungen hätte, betteln zu gehen, hat keinen Anspruch auf Wahrscheinlichkeit. Der Beklagte hatte ein Recht auf das Erhalten der vom Prätor erteilten Formel. Sache des Klägers war es, sie ihm zu verschaffen. Als Urform der Pflicht erscheint das edere, welches nicht bloß ein allgemeiner Begriff ist, sondern auch die Handlung selbst bezeichnet, „Übergabe der vom Prätor erhaltenen Formel in ihrer Urschrift". Der Gefahr

von Fälschungen durch den Beklagten beugt Kläger durch Zurückbehalten einer Abschrift vor. Testes estote! Beide lesen sie nach geschehener Abschrift Wort für Wort vor oder lassen sie lesen, die Zeugen bekunden ihre Übereinstimmung. Auf dieses edere formulam in der Urschrift hatte m. E. der Beklagte ein Recht. Jede Abweichung beruht auf gütlicher Vereinbarung. Erstens das umgekehrte Verfahren: Kläger verfertigt eine Abschrift — libello complecti — und gibt diese — et dare — dem Beklagten. Hier Sicherung des Beklagten gegen Fälschung der wertvolleren Urschrift durch gleiche Testierung. Unterarten einmal: copiam describendi facere, der Beklagte schreibt sie selbst ab oder läßt sie abschreiben; ferner dictare mit Nachschreiben. Die Testierung erfolgt stets in gleicher Weise und zu gleichem Zweck. Aber jedes solches Angebot kann der Beklagte durch Fordern der Urschrift überbieten. Die Weiterbildung zu den Schlußformen der l. 1 D. 2. 13 ist damit gegeben. Sind die Parteien darin einverstanden, daß im konkreten Falle die Mühe des Schreibens als unnütz sich ersparen ließe, so erfolgt „producere ad album" Testierung, daß die erteilte Formel mit dem proponierten Typ übereinstimmt und alsdann entweder Behalten oder Übergabe der Urschrift. Der korrumpierte Schluß der Stelle könnte schließlich ein indicare iudicium bedeuten, das heißt, wenn die Parteien rechtskundig oder mit Anwälten versehen sind, wenn es dazu noch bloß zur Erteilung eines unveränderten Typus von actio oder exceptio gekommen ist, so genügt Konstatierung und Testierung der Tatsache, daß z. B. die actio Publiciana erteilt sei und die Schritte zum Album werden gespart.

Mir scheint dies immer noch die zu den Quellen passende, einfachste und auch sachlich zweckentsprechendste Lösung der Frage zu sein. Die Litiskontestatio als besondere, von der datio actionis durch denPrätor getrennte, auf sie noch folgende Parteihandlung[1]) muß immer im Keller-Hölderschen Sinne verblassen,

[1]) Anders wäre es bei einem der datio vorausgehenden Vertrag. Da

wenn sie als reiner, sonst inhaltloser Formalakt noch dem machtvollen staatlichen Hoheitsakt des Prätors nachhinken würde. Sie hat aber sofort als getrennter Akt eine besondere Existenzberechtigung, wenn sie einen realen Zweck verfolgt, nämlich die Übermittelung dieses Hoheitsspruches, den der Prätor natürlich nur dem erteilt, der ihn darum angegangen hat, das heißt nur dem Kläger, nicht dem Beklagten. Utrum cedere an ultra contendere debeat, können sich jetzt beide Parteien bis zur Eröffnung des Termins in iudicio überlegen und der Beklagte insbesondere hat dadurch die Sicherheit, daß er vor den iudex „instructus veniat ad agendum", da er sich die ganze Zeit bis zum iudicium auf seine Stellungnahme zu jedem Wort der Formel vorbereiten kann. Hätte der Kläger allein bis dahin die Gelegenheit, den authentischen Wortlaut zu studieren und sich zu rüsten, so wäre das bei der Wichtigkeit jedes einzelnen Wortes eine ganz unbillige einseitige Bevorzugung.

4. Das Verhältnis der Formelerteilung zur Litiskontestation.

Dies führt uns zum Verhältnis der Formelerteilung zur Litiskontestation, in dem m. E. die Hauptschwierigkeiten liegen. Das Hauptargument gegen die Wlassaksche Auffassung, der Grundgedanke, der Hölders wie Bekkers jetzige auf Keller zurückgehende Ausführungen wieder durchzieht, ist der: Wie kann eine von der datio actionis getrennte Litiskontestation das ausschlaggebende Moment gewesen sein? Finden wir doch trotz aller Einigungen der Parteien immer wieder den Prätor als die an erster und letzter Stelle entscheidende Persönlichkeit. Gegen seinen Willen können die Parteien nichts vereinbaren. Hat er sein Schlußwort gesprochen und die actio erteilt, ist „dieser prätorische Erlaß perfekt geworden, so muß das „condemnari oportere" entstehen, es kann nicht früher und nicht später ins Leben treten". Der schwache Parteiakt muß dem starken Staatsakt des Prätors un erliegen. Darum will Hölder die Litiskontestation der

könnte an die Reste eines Schiedsvertrages, der gemeinsamen postulatio eines Schiedsrichters gedacht werden.

Parteien vor den prätorischen Erlaß setzen. Die Wirkung stamme aus dem Erlaß, aber dieser sei eingetreten auf ihr Betreiben und mit ihrer Zustimmung.

Diese Bedenken hängen auf das engste mit der Frage zusammen, wo sich das edere und accipere formulam zeitlich und örtlich ereignet hat. Die Litiskontestation gehört zweifellos zum Verfahren in iure. Zeitlich soll sie sich nach Wlassak nach der datio actionis ereignet haben und örtlich vor dem Prätor. Sie sei aber eine reine Parteihandlung gewesen und der Wille des Prätors bei ihr nicht mehr in Betracht gekommen. Ich hatte das als das Erfordernis „der passiven Assistenz des Prätors" formuliert, aber verneint (S. 60 f.). So auch Hölder (S. 198 ff.), aber aus anderen Gründen. Er verneint es, weil die lediglich passive Assistenz bei einem römischen magistratus nicht möglich gewesen, ein Gedankengang, der uns jetzt hier nicht weiter interessiert.

Ich hatte behauptet, daß die Litiskontestation nach erfolgter datio auch ohne Gegenwart des Prätors z. B. vor dem Album, „producere ad album", hätte geschehen können und meine Meinung dahin präzisiert, daß sie demnach zwar sachlich, aber nicht örtlich ein Bestandteil des Verfahrens in iure war, daß man „die sachliche Bedeutung von in iure als Verfahrensabschnitt und die örtliche als Gerichtsstelle" unterscheiden müsse.

Diese Ausführung ist nun auf heftigen Widerspruch gestoßen. So sind für Hölder (S. 199 f.) örtliche Anwesenheit des Prätors und sachliches Verfahren in iure untrennbare Begriffe. Meine eigenen Ausführungen würden das Gegenteil von dem ergeben, was ich behaupte. Zur Gerichtsstelle gehöre auch noch die Stelle des Albums. Was nicht mehr unter der Leitung der Obrigkeit vor sich gehe, gehöre nicht mehr zum Verfahren in iure. Daß solche Anschauungen nicht vereinzelt sind, zeigt mir auch der ungenannte Kritiker des Zentralblattes, der sich sogar zu der Behauptung versteigt:

„Es wird wenige Juristen geben, die hierin nicht einen Widerspruch sehen".

Ja, wenn es keinen Prozeß gäbe oder wenn es zulässig wäre, sich den römischen Zivilprozeß zu einem Begriffshimmel auszubauen! So aber wird der Kritiker keinen einzigen modernen Juristen finden, der ihm diesen Gefallen tut. Im Gegenteil wird jeder über diesen Ausspruch den Kopf schütteln. Denn wir haben hier wieder ein eklatantes Schulbeispiel, wohin die Vernachlässigung und Geringschätzung des Prozeßrechtes bei Forschungen in alten Prozessen führt. In diesem angeblichen Widerspruch leben wir heute tagaus tagein und befinden uns ganz wohl dabei, ja wir sehen ihn als notwendige Folge der Grundprinzipien unseres Prozesses an. Anfangs- und Endpunkt unseres Prozesses sind Klagezustellung und Urteilszustellung. Beides sind reine Parteihandlungen, beide finden nicht örtlich vor dem Gericht, vor dem Richter statt, sondern zu Hause bei den Parteien und dennoch hat noch niemand bezweifelt und kann niemand unserem positiven Recht gegenüber bezweifeln, daß sie sachlich zum Prozeß oder wo es sich um einen Verfahrensabschnitt oder eine Instanz handelt, zu diesem Abschnitt, zu dieser Instanz gehören.

Gerade die Betrachtung unseres heutigen Urteils ist geeignet, uns Klarheit über das gesuchte Verhältnis zwischen der datio actionis und dem edere-accipere zu bringen. Formelerteilung und Litiskontestation stehen in einem analogen Verhältnis wie das Urteil und seine Zustellung. Das Urteil ist der Endzweck des ganzen Prozesses, es ist ein Akt voll Hoheit und Macht, wie es im Staat kaum einen zweiten gibt, es ergeht „Im Namen des Königs", es ist durch die schärfsten Verfassungskautelen gesichert, es läßt sich nicht mehr aus der Welt schaffen und es wird rücksichtslos durchgesetzt, kurz die ganze Autorität des Staates kommt in ihm zum Ausdruck und trotzdem — in seiner Wirksamkeit hängt es im ganzen Umfang ab von dem bescheidenen Parteiakt der Zustellung.[1]) Wird es nicht zugestellt, so ist es ein verhallendes

[1]) Natürlich ist jeder Gedanke an einen Parteivertrag oder Parteidisposition abzuweisen. Die Tatsache ist lediglich eine Folgerung unserer positiven Gesetzgebung, die die Rechtsmittelfristen erst von der Zustellung an laufen läßt. Der

Wort, ein voll geschriebenes Stück Papier ohne jede gesetzliche Wirkung. Denn es gibt keine Rechtskraft ohne Zustellung. Wenn es z. B. eine Ehe scheidet, so ist vor Zustellung die Ehe noch nicht geschieden; heiratet einer der Gatten wieder, so begeht er einen Ehebruch und macht sich der Bigamie schuldig; die neue Ehe ist nichtig und er wandert dazu noch ins Zuchthaus; und alles das, trotzdem der Staat seinen autoritativen Rechtsspruch gefällt hat. Noch weiter ist heute der Abstand zwischen dem Staatsspruch und der Parteihandlung, denn nicht einmal die Zustellung entscheidet definitiv über die Rechtskraft, sondern erst das Verstreichenlassen der bei uns vierwöchentlichen Rechtsmittelfrist. Und es tritt auch durchaus nicht ohne weiteres eine Rückziehung der Wirkung auf den Tag des Urteils ein. Die ehelichen Unterhaltungskosten z. B. müssen nicht bloß bis zum Tag des Urteils, sondern bis zum letzten Tage der Rechtsmittelfrist gezahlt werden. Gibt es einen größeren Kontrast wie die Fällung dieses Hoheitsspruches und seine Abhängigkeit von dem Willen, ja der Laune der Parteien? Und das wird bei uns nicht als Widerspruch empfunden, aber im römischen Prozeß soll es unmöglich sein? Nein, der Zwischenbescheid des Prätors, die Formelerteilung bleibt ein Hoheitsakt des Prätors, aber seine Wirksamkeit erhält er erst durch die Litiskontestation. Aus dieser Erkenntnis fließt eine Fülle von Ergebnissen.[1]) Ich will hier nur einige kurz hervorheben.

Vergleich paßt deshalb auch nur, weil die Formelerteilung kein Endurteil, sondern ein Zwischenbescheid ist in dem Verfahren, das noch weiter geht. Er ist aber nicht etwa „in der Natur der Sache" begründet. Urteile, nach denen jede weitere Parteitätigkeit ausgeschlossen ist, z. B. die des Reichsgerichts werden deshalb schon mit der Verkündung rechtskräftig. Eine Analogie zu ihnen bietet vielleicht die sententia des Judex.

[1]) Bekker S. 364 f. besitzt sie schon und kommt sachlich eigentlich zu denselben Resultaten. Nur leugnet er den Parteivertrag und denkt er an eine Parteibestätigung des Empfangs der Zustellung vom Prätor. Es wäre aber sehr auffallend, wenn eine amtliche Zustellung noch der Bestätigung ihres Empfanges durch die Partei bedurft hätte und wenn diese Bestätigung dann der ausschlaggebende Akt gewesen wäre. Denn eine Mitwirkung „in bescheidenem Umfang"

a) Wirkung der Formelerteilung auf beide Parteien. Sind beide Parteien hinterher mit einander einverstanden, daß ihnen die erteilte Formel doch nicht paßt, so können sie ohne Rechtsnachteile die Litiskontestation unterlassen. Derselbe Prätor wird sie, wenn sie ohne triftige Gründe von neuem kommen, wohl abweisen. Aber Konsumtion ist nicht eingetreten. Vor einem anderen Prätor können sie ihr Glück von neuem versuchen. Das ist nicht auffallend. Auch heute können die Parteien die Klage hundertmal zurücknehmen und von neuem anstellen. Ja selbst ein ergangenes Urteil hindert sie nicht, wenn dieses nicht zugestellt wurde. — Eine Abänderung der prätorischen Formel durch die Parteien ist natürlich nicht möglich. Etwas anderes ist ihre definitive Gestaltung, wenn der Prätor den Parteien dazu noch Raum gelassen hat, wie das bei Alternativobligationen „quem volam" der Fall ist, bei denen es l. 112 pr. D. 45. 1 heißt: „donec iudicium dictet mutandi potestatem habebit". Etwas anderes ist auch die nachträgliche unter Mitwirkung des Prätors, causa tamen prius cognita, stattfindende Emendation oder Mutation oder Translation.[1])

b) Wirkung der Formelerteilung auf den Kläger. Bei ihm liegt die Sache geradeso. Schreitet er nicht zur Litiskontestation, so erfolgt keine Konsumtion. Er kann von neuem klagen. Gerade so kann ich heute bis zum Beginn der Verhandlung, also zwischen der Zustellung und diesem Zeitpunkt, hundertmal meine Klage einseitig zurücknehmen und wiederanstellen. Hier überwiegt also die Analogie zu unserer Klageerhebung, was daran liegt, daß die Formel eine Formulierung des weiteren Streites ähnlich unserer Klageschrift ist. Es überwiegt nicht die Analogie zu unserem Urteil, denn ein Urteil kann von jeder der Parteien,

---

kann man es nicht nennen, wenn schließlich die ganze Wirksamkeit des Aktes davon abhängt. Bekkers Vermutung, denn als solche bezeichnet er es, würde zur Annahme eines Vertrages nicht zwischen den Parteien, sondern zwischen Partei und Prätor führen.

[1]) Vgl. S. 64 meiner Schrift und z. B. l. 17 pr., l. 46 pr. D. 3. 3, l. 57 D. 5. 1.

nicht bloß vom Sieger zugestellt werden (§ 317 Abs. 1 CPO.). Wir finden aber nirgends im römischen Prozeß, daß auch der Beklagte beim einseitigen Prozeß hätte zur Litiskontestation schreiten können. Es war ihm auch unmöglich, da er nicht im Besitz der Formel war.

c) Wirkung der Formelerteilung auf den Beklagten. Verweigert heute jemand die Annahme der Zustellung, so wird einfach vom Gerichtsvollzieher die Urkunde am Ort der Zustellung zurückgelassen (§ 186 CPO.). Im römischen Prozeß wird infolge der drohenden Behandlung als indefensus durch missio in bona ein solches Verhalten nicht häufig gewesen sein. Es war aber möglich — wenn die Litiskontestation ein Vertrag war — und der Beklagte entging dadurch der sententia und res iudicata des Judex. Wie weit dieser juristische Vorteil gegenüber der tatsächlichen Befriedigung des Klägers infolge der missio von Belang war, sei einstweilen dahingestellt.

d) Wirkung der Formelerteilung auf den Prätor selbst. Ein Urteil kann heute, schon wenn es gesprochen, nicht erst wenn es zugestellt, von dem es fällenden Richter nicht mehr geändert werden (§ 318 CPO.), wohl aber die bloß prozeßleitenden Beschlüsse und Verfügungen. Im römischen Prozeß scheint nach Paulus, l. 58 D. de iudic. 5. 1

> iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat vel etiam eo qui magis imperium in eadem iurisdictione habet vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit cuius erat qui iudicare iussit

der Prätor einseitig ohne Parteiantrag nicht bloß bis zur Litiscontestatio, wie allgemein angenommen,[1]) sondern auch nach ihr noch im stande gewesen zu sein, seine Entscheidung zu ändern. Jedoch ist letzteres nicht zweifellos, denn man könnte diese Stelle insbesondere nach dem weiteren Zusammenhang, in dem sie steht, auch dahin verstehen, daß sie bloß von einer Änderung der Person des Richters, nicht aber auch der übrigen Formel spricht. Nach

[1]) Vgl. z. B. Wlassak, Litiskontestation S. 38, Hölder S. 201.

Litiskontestation müßte wegen der Konsumtion eine Restitution dazukommen, wie mehrfach durch Gaius IV, 53, 57, 125 bezeugt ist. Die Erteilung einer neuen richtigen formula nach dieser Restitution versteht sich von selbst. Spätere Änderungen der Formel auf Parteiantrag hier, wie sie sich in Emendationen, Translationen oder Mutationen zeigt, sind natürlich ausnahmsweise „prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas" gestattet. Siehe oben unter a am Ende.

e) Verhalten der Parteien vor der Formelerteilung. Passend schließt sich hier an eine Betrachtung des Verhaltens der Parteien vor der Formelerteilung. Bei uns kann heute der Kläger, wenn die mündliche Verhandlung begonnen hat, die Klage nicht mehr einseitig, sondern nur mit Einverständnis des Beklagten zurücknehmen (§ 271 CPO.). Im römischen Prozeß kann ihn der Prätor nicht direkt zur Annahme einer ihm nicht passenden Formel zwingen.[1]) Denn nur ihm, nicht dem Beklagten wird sie erteilt und er hat daher die Möglichkeit, die Annahme zu verweigern. Insofern hängt die Erteilung von der Zustimmung des Klägers ab. Nur durch indirekten Zwang, durch denegatio jeder anderen Formel, kann ihn der Prätor zur Annahme der Gewählten nötigen. Der Kläger kann somit von der begonnenen Verhandlung zurücktreten und an einem anderen Tage den Prätor und Beklagten von neuem behelligen und dies fortsetzen. Jedoch war der Prätor m. E. unbeschränkt berechtigt, Stipulationen zu verlangen. Und er würde wohl einem solchen Querulanten oder Chikaneur gegenüber sich wie den schutzlosen Beklagten dadurch gesichert haben, daß er dem von neuem auftretenden Kläger eine cautio nicht bloß iudicio, sondern in iure sisti auferlegt hätte.

Hinsichtlich des Beklagten heißt es bei Paulus in l. 83 § 1 D. de verb. obl. 45. 1.

---

[1]) Auch hieraus sieht man das Sinn- und Zwecklose einer einleitenden editio formulae. Den Prätor band sie nicht, den Beklagten band sie nicht und den edierenden Kläger selbst band sie auch nicht. Wozu sollte sie denn geschehen?

stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur.

Dies paßt auch zu der Organisation des Verfahrens in iure. Die Formel wird nicht dem Beklagten erteilt, folglich kommt sein Widerspruch erst bei der Litiskontestation praktisch zur Geltung. Weigert er sich schon vor der Erteilung überhaupt zu verhandeln „praesens negat se defendere", so „non defendere videtur" (l. 52 D. 50. 17), der Prätor betrachtet ihn als indefensus und wird erst keine Formel erteilen. Verhandelt er, aber erklärt er schon jetzt, mit der vom Prätor vorgeschlagenen Formel nicht litiskontestieren zu wollen, so scheint mir — wenn die Litiskontestation ein Vertrag war — wahrscheinlicher, daß der Prätor darin nicht sofort Indefensität sehen darf, sondern daß er zunächst in invitum die Formel erteilen mußte, da der Beklagte bis zur Litiskontestation ja noch Vernunft annehmen konnte.[1]) Jedenfalls ist soviel klar aus den Quellen zu erkennen, daß eine ausdrückliche Zustimmung des Beklagten vor der Formelerteilung nicht nötig ist. Bei der Litiskontestation kann er sich weigern und ein Verfahren in iudicio mit sententia und res iudicata kann ihm nicht gegen seinen Willen auferlegt werden. Aber eine besondere Einigung vor der Erteilung, ein Vertrag der Parteien über die Formel, dem der Prätor als Dritter in der Erteilung zustimmen würde, ist nicht gesetzliche Voraussetzung[2]) dieser Erteilung.

---

[1]) In den zitierten l. 52 D. 50. 17

non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem

glaube ich, daß mit „non velle suscipere actionem" nicht schon dieses „Vorhererklären der Nichtannahme" sondern erst die Litiskontestation gemeint ist. Siehe unten Nr. 5, i. Anderenfalls hätten wir hier ein Analogon zu unserem Satz, daß die ausdrückliche Erklärung, nicht annehmen zu wollen, schon den Verzug herbeiführt, ein Satz, dessen gemeinrechtliche Ausbildung sich verteidigen, dessen Bestehen im römischen Recht sich aber nicht nachweisen läßt.

[2]) Über das hier hineinspielende doppelte dare actionem von Wenger und Hölder siehe unten V, 2 am Ende der Schrift.

5. Die juristische Natur der Litiskontestation.

a) Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft der Zustellung? Nachdem für diese Probleme Klarheit, wenn auch nicht in allen Ergebnissen, so doch in der zum Verständnis nötigen Fragestellung geschaffen ist, bleibt noch als große Aufgabe die Frage nach der juristischen Natur der Litiskontestation. Nach Wlassak ist sie ein Formalvertrag und zwar ein reiner Formalvertrag, der nur bezweckt, die vorhandene Übereinstimmung der Parteien unter der gegebenen Formel weiter prozessieren zu wollen, die Wahl der Prozeßform durch Parteivertrag äußerlich zu dokumentieren. Nach meiner Auffassung bezweckt sie Zustellung der dem Kläger erteilten Formel an den Beklagten und ist das edere und accipere mehr Inhalt wie Form dieses Rechtsgeschäftes. Bei uns heute ist die Zustellung kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, denn sie bedarf nicht der Annahme durch den Beklagten. Auch gegen seinen Willen wird ihm zugestellt. Man könnte meinen, daß zum Wesen der Zustellung als einer bloßen Mitteilung der Charakter der Einseitigkeit, des einseitigen, bloß empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftes gehört. Jedoch scheint mir das nicht ausgemacht. Es läßt sich denken, daß ein Recht den Zweck der Zustellung auch auf anderem komplizierteren Wege, auf dem Wege des Vertrages erreicht oder daß es einem aus anderen Gründen schon vorhandenen Vertrage noch den Zweck der Zustellung beigibt.

Ist nun die Litiskontestation ein einseitiges Rechtsgeschäft der Zustellung, wofür man sich aus der lex Rubria etwa auf das „quos inter id iudicium accipietur (Erteilung) lisve contestabitur (Zustellung)“ unter Vermeidung der sonst nötigen Annahme eines Pleonasmusses berufen könnte und wozu man als Analogie die Bestellung des cognitor, die nach Gaius IV, 83 ein einseitiges Rechtsgeschäft gewesen zu sein scheint, heranziehen könnte? Oder ist sie ein Vertrag?

Hier ist m. E. Hölders großes Verdienst, in den scharfsinnigen Ausführungen seines letzten Aufsatzes auf die Schwächen

der bisherigen Beweise für diese Vertragsnatur aufmerksam gemacht zu haben. Er verwendet dort den prozessualen Begriff der Zustellung nicht, aber er meint ihn und auch hier ist es interessant zu sehen, mit welchen geistigen Anstrengungen der Aufbau eines Begriffes versucht wird, der im Prozeßrecht schon fertig zum Gebrauch vorliegt. Aber es ist schwer, sich aus den nurzivilistischen Banden, in denen der römische Prozeß noch gefangen liegt, herauszureißen. Auch ich bin in meiner Schrift hier nicht von ihnen losgekommen und habe, trotzdem ich von dem „Zweck, dem Beklagten die genaue Fixierung des Streites zu übermitteln" handelte, das Wort „Zustellung" dort nicht gefunden.

b) Accipere. Ist der Beweis für die Vertragsnatur richtig geführt? Zunächst sei darauf hingewiesen, daß man aus dem accipere als Gegenstück zum edere nicht eine Vertragsannahme herleiten kann. Denn man kann es nicht glattweg mit „annehmen" übersetzen. Die Römer haben nur das eine Wort accipere für unsere beiden verschiedenen Ausdrücke „Annehmen" und „Empfangen". Beim „Annehmen" überwiegt die aktive Tätigkeit des das Angebot Erhaltenden. Beim „Empfangen" tritt das rein passive Moment des etwas Erleidens, Erduldens seitens des „Zustellungsempfängers" in den Vordergrund.[1]) Darum ist das Wort „accipere" allein kein Beweis für die Vertragsnatur. In den Quellen findet sich nun auch hier und da der Ausdruck „iudicium pati" und „actionem pati",[2]) aber in den meisten Stellen scheint mir dabei nicht gerade an den Litiskontestationsakt, sondern allgemein an den Prozeß gedacht zu sein. Wo daran gedacht wäre, da würde dieses „pati" gegen die Vertragsnatur angeführt werden können.

c) Wissens- und Willenserklärungen. Auch auf das Vorkommen von convenire und consentire läßt sich kein entscheidender Wert legen. Denn nicht jede Übereinstimmung der Parteien ist im Prozeß ein Vertrag. Der Richter hat im Prozeß

[1]) Vgl. Hölder S. 224.

[2]) Siehe Wlassak, Litiskontestation S. 26.

im weitesten Umfang Tatsachen zu würdigen. Tatsachen, die nun keine Rechtsgeschäfte sind, wenn sie außerhalb der Parteien liegen, werden auch nicht dadurch zu Rechtsgeschäften, daß sie von den Parteien gesetzt werden. Wenn eine Partei etwas behauptet, der Richter darüber einen Zeugen vernimmt und der Zeuge dieses aussagt, so wird kein Mensch darin ein Rechtsgeschäft des Zeugen sehen. Es ist eine Wissenserklärung des Zeugen, keine Willenserklärung. Gerade so verhält es sich bei den Parteien. Häufig behauptet eine Partei eine Tatsache und die Gegenpartei gesteht die Richtigkeit der Behauptung zu. Auch das ist Wissens- und nicht Willenserklärung. Und auch bei uns ist eine ständig in Urteilsbegründungen wiederkehrende Floskel „die Parteien sind einig, sind einverstanden, die beiderseitigen Parteierklärungen stimmen dahin überein, kommen darin überein u. s. w. daß die Tatsache nicht an diesem, sondern an jenem Tage passiert, nicht unter diesen, sondern unter jenen Nebenumständen sich ereignet hat, nicht auf diesen, sondern auf jenen Gegenstand Bezug hat u. dgl.“

Das alles war im römischen Prozeß nicht anders und deshalb muß dringend davor gewarnt werden, in allen Zeugnissen über eine Einigkeit der Parteien, besonders beim Verfahren in iure, Beweise für einen „Prozeßvertrag“ sehen zu wollen. Entweder ganz falsche Schlüsse oder wenigstens eine bedeutende Überschätzung des Vertragselementes, falls der römische Formular-Prozeß auf ihm beruht hat, wären die Folgerungen, wenn man diesen prozessualen wichtigen Unterschied zwischen Wissens- und Willenserklärung außer Acht ließe. Ein „Verhandeln“ miteinander über etwas, auch wenn es zur Übereinstimmung kommt, führt noch nicht zu einem Vertrage und ebensowenig das „agere cum aliquo“, das bloß mit einem „id venire in iudicium de quo actum est inter litigantes (l. 61 D. 5. 1) endigt.

So kann ich denn auch die von Wlassak[1]) angezogenen Stellen

[1]) Wlassak, Litiskontestation S. 65.

l. 5 § 4, 5 D. 6. 1, mit ihrem „si de corpore conveniat, error autem sit in vocabulo", l. 13 D. 10. 3, mit ihrem „si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim" sowenig wie die von Bekker[1]) angeführten l. 83 § 1 D. 45. 1 mit ihrem error über Stichus „de alio sentiam, tu de alio . . . semper negabit reus se consensisse" und l. 61 D. 5. 1 mit ihrem gleichen „semper ne condemnetur hoc dicet non convenisse" als Beweise für das Vorliegen eines Vertrages gelten lassen. Alle diese Fälle ereignen sich heute gerade so. Es sind bloße Wissenserklärungen.

d) Auctoritas. Es ist ferner auch die Marcianstelle l. 15 D. 26. 8

> Accipientis et edentis iudicium idem tutor auctor utrique fit . . . sufficere unam auctoritatem

kein voller Beweis für die Vertragsnatur, da sie auch zu der Litiskontestation als einseitigem empfangsbedürftigem Rechtsgeschäft und vielleicht noch besser paßt.

e) Contrahere. Als einziger direkter Beweis bliebe für die Vertragsnatur somit bloß die bekannte Äußerung des Marcellus l. 3 § 11 de pec. 15. 1.

> Idem scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati, nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio ita iudicio contrahi, proinde et rel.

Nimmt man auch dazu die l. 5 § 2 l. c. mit ihrer Behandlung des Eides „quasi contractum sit", die Äußerung Ciceros de leg. III c. 3 § 6 „lites contractas iudicanto" und die des Valerius Maximus 8, 3, 2 über die Afrania als „prompta ad lites contrahendas", so kann das alles doch nicht, wie schon früher von mehreren erkannt, als ausschlaggebend betrachtet werden gegenüber klaren Zeugnissen über die allgemeine Verwendung des Wortes contrahere für „verpflichtet sein oder werden" wie bei Paulus in l. 20 D. 5. 1.

---

[1]) Bekker, Aktionen II S. 181 Anm. 19.

Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur

ferner Ulpianus l. 3 § 3 D. 42. 4.

etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem

und Paulus l. 4 l. c.

et is qui miscuit se, contrahere videtur,

sowie Gaius l. 5 D. 42. 5

contractum autem non utique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

Contrahere kann also geradesogut von einem einseitigen Rechtsgeschäft gebraucht sein. Ebenso ist auch die Vergleichung des iudicium mit der stipulatio, zu der die Haftungsverstärkung und Novationswirkung geführt haben werden, nicht ausschlaggebend. Sie zeugt für das Vorkommen eines einzelnen Rechtsaktes, im Gegensatz zu dem Inbegriff der gesamten Verhandlung, hat aber als Vergleich mit einem einseitigen Rechtsgeschäft ebenfalls guten Sinn, namentlich wenn man an Stellen denkt wie Paulus l. 83 § 1 D. 45. 1

nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur.

f) Spezialverträge. Auch die Stellen, die Wlassak[1]) anführt, um „die Wirksamkeit des Vertragsprinzipes an verschiedenen Punkten des römischen Prozesses“ zu zeigen, sind nicht ausschlaggebend. Sie zeigen nicht das Zugrundeliegen eines Prozeßvertrages, sondern handeln von allerlei Spezialverträgen, wie wir sie auch heute vor und in dem Prozeß finden, ohne daß unser Prozeß auf einem Vertrage basiert. So sprechen Afr. l. 18 D. 2. 1, Ulp. l. 15 D. 2. 1, Ulp. l. 1, l. 2 § 1 D. 5. 1, Paul. l. 28 D. 50. 1, Jul. l. 74 § 1 D. 5. 1[2]) bloß von einer Prorogation,[3]) Ulp.

[1]) Litiskontestation S. 66.

[2]) Vgl. Prozeßgesetze II S. 197 Anm. 18.

[3]) Hierher gehört auch Mod. l. 33 D. 5. 1.

Ulp. l. 26 D. 42. 1 und Cels. l. 1 § 10 D. 39. 1[1]) „von Anerkenntnissen, Verzichtleistungen und Vergleichen, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise erledigt wird" (§ 160[1] CPO.) und von deren Wirkung auf die sententia des iudex, wobei man an den Satz und Streit „omnia iudicia esse absolutoria" erinnert wird.

g) Richterwahl. Pomp. l. 80 D. 5. 1 und Ulp. l. 57 D. 42. 1 sprechen von Selbstwahl eines iudex durch die Parteien. Dies klingt noch am meisten an die Litiskontestation an, da es sich hierbei um einen Bestandteil der Formel handelt, und an einen allgemeinen Prozeßvertrag, weil es den Gedanken an den Schiedsvertrag wachruft. Jedoch dürfte auch darin nur ein der Prorogation ähnlicher Spezialvertrag zu sehen sein, der nach dem Inhalt der Stellen wahrscheinlich, bei l. 57 D. 42. 1 sicher, die Wahl einer nicht im Album stehenden Person zum Richter betraf. Im allgemeinen ist die Frage, wie der Parteiwille zur Richterernennung steht, eine dunkle,[2]) so daß sich bloß Hypothesen aufstellen lassen.[3]) Zwar sagt Cicero, pro Cluentio 43, 120

> Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset.

Jedoch „auch hier nimmt der Redner den Mund etwas voll".[4]) Aus seinen eigenen Werken erfahren wir,[5]) daß der Kläger das

[1]) Vgl. auch Paul. l. 25 D. 4. 3.

[2]) Die Stellen des Vocabularium Iur. Rom. s. v. iudicem accipere geben uns keine Auskunft. Marc. l. 38 D. 17. 1, Pap. l. 6 D. 27. 7, Ulp. l. 9 § 4 D. 27. 3 sprechen von einem accipere iudicem des Klägers gegen, adversus, contra den Beklagten. Bei Paulus l. 11 § 3 D. 39. 3 steht das accipere inter duos im Gegensatz zu plures. Die anderen Stellen sind ohne Interesse.

[3]) Die Darstellungen z. B. Bethmann-Hollweg II S. 455 ff. sind in sich widerspruchsvoll. Auch die Quellen lassen sich schwer vereinigen.

[4]) Bethmann-Hollweg Bd. II S. 455 Anm. 2, in der er auch auf Cicero de re publ. V. 2 hinweist, wo dieser mit derselben apodiktischen Sicherheit von den Zeiten der maiores nostri das Gegenteil behauptet „nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis".

[5]) De oratore II, 70, 285, auch Verr. III, 60, 137, Phil. XII, 7, 17, Fin. II 35 119.

Recht des Vorschlags „iudicem ferre" hatte und daß der Beklagte diesen nur eidlich, durch das „iniquum eiurare" ablehnen konnte. War dies nun eine Beschränkung der freien Wahl des Beklagten — denn daß er einen Meineid leisten kann, ist natürlich kein Zeichen seiner Freiheit, sondern seiner Gebundenheit — sodaß, wenn er ohne Grund und ohne Schwur ablehnte, der Prätor auch gegen ihn als invitus den Judex bestellen konnte? Oder war dies eine Beschränkung des Prätors, der ohne Zustimmung keinen iudex bestellen, aber wegen Verweigerung der Annahme eines solchen an und für sich jeden als indefensus behandeln konnte, nicht aber den, der „iniquum eieravit".

Die Lösung liegt vielleicht in dem schon oben erwähnten Verhältnis der Richterernennung zur Formelerteilung und Litiskontestation. Wäre der Richter zugleich mit und in der Formelerteilung ernannt worden und hätte der Beklagte das Recht der freien Wahl gehabt, so hätte diese Wahl vor der Formelerteilung liegen müssen. Der Beklagte hätte in der Sache selbst nicht als indefensus gelten können, wenn er auch die Annahme der Person des Richters verweigert hätte. Es hätte also auch letzteres als Spezialfall der Indefensität gelten müssen, wovon wir aber nichts wissen. Es erscheint mir wahrscheinlicher, daß der Beklagte, so wenig wie er die Erteilung der Formel an den Kläger — etiam in invitum redditur — hindern konnte, ebensowenig ohne eieratio die Festsetzung, Bezeichnung eines Richters in dieser Formel vereiteln konnte. Dies ist die Gebundenheit des Beklagten, wie sie sich uns in dem ferre-eierare und sonst zeigt.[1]) Von diesem Mo-

[1]) Quintilian V. 6. 6 sed nobis adolescentibus seniores in agendo facti praecipere solebant, ne unquam iusiurandum deferremus, sicut neque optio iudicis adversario esset permittenda, nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus. Auch die oben zitierte Äußerung schon des Servius bei Pomp. l. 80 D. 5. 1 „Si in iudicis praenomine erratum est, Servius respondit si ex conventione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent" mit ihrem „si ex conventione" hätte gar keinen Sinn, wenn jeder Richter ex conventione bestellt würde. Dasselbe gilt hinsichtlich des Kognitionsprozesses für Pap. l. 23 D. 49. 1.

ment an war nun der Name des Richters Bestandteil der Formel und teilte deren weitere Schicksale d. h. der Beklagte hatte nur noch die Wahl, ob er die Litiskontestation geschehen lassen wolle oder nicht. Dies ist die Freiheit des Beklagten, an die vielleicht Cicero denkt.[1]) Hatte er die Litiskontestation geschehen lassen, so konnte er jetzt nicht mehr an der Person des Richters mäkeln und trat wieder die Gebundenheit ein. Dazu würde auch passen, daß diese spätere eigentliche Ernennung des Richters nur diesem, nicht den Parteien gegenüber erfolgt, wie oben angenommen.

h) Iudicium accipere cogam. Sieht man sich weiter nach Beweisen für die Maßgeblichkeit des Willens des Beklagten, für seine Aktivität bei der Litiskontestation um, so fällt der Blick natürlich auf das „iudicium accipere cogam". Denn ein Zwang kann sich nur richten gegen einen Willen. Nur wenn es dem ungezwungenen Beklagten möglich war, durch seine Weigerung die Litiskontestation zu verhindern, hat er Sinn.[2]) Aber über den Umfang der Anwendung dieses Zwanges bestehen doch wohl übertriebene Vorstellungen. Und ein für die Aktivität des Beklagten bei der Litiskontestation beweiskräftiges cogere oder compellere ad iudicium accipiendum findet sich recht spärlich.[3])

Wlassak bemerkt ganz richtig, daß das cogere sich im Anschluß an das Edikt l. 8 § 3 D. 3. 3

---

[1]) Das Reskript Hadrians bei Call. l. 47 D. 5. 1 „observandum est, ne is iudex detur, quem altera pars nominatim petat" bezieht sich auf den Kognitionsprozeß. Vgl. Hartmann, Ordo I S. 536, Wenger, Actio iudicati S. 130. Letzterer zeigt jetzt an Pap. Oxy. I Nr. 67 und 71, was das „nominatim petere" ist. Ich möchte aber gegen ihn wie Mitteis, Hermes 34 S. 100, bemerken, daß mir zwar eine Einwirkung der Parteien auf die Richterauswahl, aber kein Vertrag derselben nachgewiesen scheint. Die Vorlegung der Klageschrift an den Beklagten und dessen Kenntnisnahme braucht kein Vertrag über den Inhalt zu sein, sondern kann auch nur bezwecken, dem Beklagten die Wahrung seiner Rechte zu ermöglichen.

[2]) Vgl. Wlassak, Litiskontestation S. 25.

[3]) In enger Verbindung hiermit steht die Frage nach dem Einlassungszwang (Bekker, Brinz, Demelius, Degenkolb, Hartmann), die aber hier nicht behandelt werden kann.

Procuratorem ad litem suscipiendam datum pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit, iudicium accipere cogam

häufig verhindert. Bei diesen procuratores und anderen Vertretern hatte es aber auch seinen besonderen guten Grund. Die Folge einer Weigerung ist die Behandlung als indefensus. Weigerte sich nun ein Vertreter, so konnte man natürlich nicht ihn als indefensus behandeln, denn er trat ja nicht für sich, sondern seinen Herrn auf. Nicht er war dann indefensus, denn gegen ihn ging nicht der Prozeß, sondern sein Herr. Nun hätte man ja die Gefahr einer solchen Weigerung auf den Herrn abschieben können und ihretwegen sofort missio in die bona des Herrn erteilen können, aber das wäre unbillig gewesen. Wollte man an den — weder indefensus noch defensus seienden, sondern als Dritter unbeteiligten — Vertreter herankommen, so bedurfte es einer besonderen Bestimmung, die die Folgen der Indefensität auf ihn ausdehnte. Und diese Bestimmung liegt in dem Edikt, das den Vertreter als Eigenpartei behandelt, trotzdem er noch nicht dominus litis ist. Der nächste Zweck, den der Prätor mit dem Edikt verfolgt, ist also nicht der, daß es wirklich zum accipere formulam kommen soll, sondern er verschafft sich zunächst dazu nur das Mittel dadurch, daß er jetzt den Vertreter für seine Person als indefensus behandeln kann. Das accipere formulam ist sekundäre Erscheinung. Deshalb enthält die Beweiskraft sämtlicher zahlreicher vom Zwang gegenüber Vertretern handelnden Stellen.[1]) Denn in allen ließe sich das „iudicium accipere cogam" mit einem allgemeinen „Zwingen sich in den Prozeß einzulassen" übersetzen, wobei die Römer das ihnen selbstverständliche „wie eine Eigenpartei" weggelassen haben, da es fremde Prozeßführung ohne dominium litis nicht gab.

Ganz ähnlich liegt die Sache bei der zweiten großen Gruppe

[1]) Dies sind Ulp. l. 8 § 3, l. 10, l. 17 § 2, l. 35 § 3, Paul. l. 14, l. 43 § 6, l. 45 pr., Gaius l. 12, l. 46 § 3, sämtlich D. 3. 3, Vat. fragm. 335, 340b, Paul. l. 6 § 3 D. 3. 4, Marc. l. 28 pr. D. 26. 7, Ulp. l. 9 § 6 D. 27. 3.

von Stellen, die von dem legatus, der das ius revocandi domum hat, handeln. Dieser ist exemt von der Jurisdictio des Prätors. Folgedessen kann er ohne jede Gefahr die Einlassung auf jeden Prozeß verweigern. Der Prätor kann ihn nicht als indefensus behandeln.[1]) Will der Prätor aber ihn für gewisse Prozesse z. B. aus während der Zeit der Gesandtschaft kontrahierten Rechtsgeschäften verklagbar machen, so muß er für diese die Exemtion beiseite räumen. Und das kann er nur dadurch, daß er sich das Recht gibt, ihn für diese Prozesse den Folgen der Indefensität zu unterwerfen. Also auch hier beweist das cogere und compellere ad iudicium accipiendum nicht einen tatsächlich ausgeübten Zwang zur Litiskontestation, sondern nur die Behandlung als indefensus und auch diese Stellen[2]) scheiden aus.

Ebenso verhält es sich bei der zeitlichen Exemtion, die jedermann in den Gerichtsferien hat. Der Prätor kann ihn in dieser Zeit nicht als indefensus behandeln, außer in den Ausnahmefällen, z. B. in Einzelfällen,[3]) in denen ad hoc tantum cogi aequum est ut lis contestetur. Auch hier liegt dem Prätor nichts an der Durchführung des iudicium, sondern an der Gewinnung des Rechtes ihn als indefensus behandeln zu können.

Alle diese Quellenzeugnisse müssen somit ausscheiden. Alle zeigen nur, daß jemand verpflichtet ist, überhaupt einen Prozeß zu führen, und in allen kann und wird der Ausdruck „iudicium accipere“ nur pars pro toto gewählt sein, weil er den ausschlaggebenden Zeitpunkt und Akt der Prozeßführung bezeichnet, ohne daß er uns aber über die zu einem Vertrag notwendige Aktivität des accipere etwas sagt. Bei einem gewöhnlichen Beklagten versteht es sich von selbst, daß er sich in den Prozeß einlassen muß. Findet gegen ihn ein iudicium accipere cogam statt, so ist der

[1]) Nicht dasselbe ist natürlich das „in ius vocatus venire debet ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit“. Vgl. l. 2 § 6, l. 5 D. 5. 1, l. 2 D. 2. 5, l. 6 § 1 D. 50. 7, l. 53 § 3 D. 42. 1.

[2]) Es sind Jul. l. 25, Paul. l. 28 § 2, Ulp. l. 2 §§ 3, 4, 5, 6, sämtlich D. 5. 1, Paul. l. 32 D. 4. 8 und wohl auch l. 11 D. 3. 3, Marc. l. 31 pr. D. 36. 1.

[3]) Ulp. l. 1 pr. § 2 D. de feriis 2. 12.

allgemeine Schluß, daß er zu etwas Besonderem gezwungen werden soll, was er sonst vermeiden kann, gerechtfertigt. Die vorerwähnten Personen aber können überhaupt zu einer Einlassung nicht gezwungen werden, und darum statuiert hier das accipere cogam zunächst nur eine allgemeine Einlassungspflicht und kann aus ihm auf einen speziellen Akt nicht mit Sicherheit geschlossen werden.

Es sind dies aber die Hauptmasse der vom cogere und compellere redenden Stellen. Im übrigen bleibt als Beispiel für tatsächliches cogere wenig übrig. Vielfach handelt es sich um eine rein materiell-rechtliche Redensart, wie beim compellere defendere in Gaius l. 17 § 1 D. 29. 1 und Jul. l. 7 § 5 D. 37. 10, oder bei Jul. l. 52 D. 6. 1 und Ulp. l. 21 § 3 D. 15. 1, l. 20 § 4 D. 29. 2, in denen nicht von iudicium accipere, sondern von actionem suscipere gesprochen wird. Bei der Stellung der Alternative Paul. l. 2 § 1 D. 2. 9 „vel promittere vel iudicium accipere" oder Ulp. l. 9 § 1 D. 7. 9 „cavere aut actiones suscipere" überwiegt sprachlich auch mehr die Absicht, dem Zwang zum cavere einen drastischen Ausdruck zu verleihen. Ulp. l. 13 § 17 D. 19. 1 und l. 5 D. 27. 6 geben auch nur Worte. Das „non cogi" in den sonst zweifellos prozessualen Fällen Paul. l. 73 D. 3. 3[1]) und Ulp. l. 1 § 37 D. 16. 3[2]) ist auch nur ein anderer Ausdruck für denegare actionem, denn es wäre eine — wenn auch zu unserer Auffassung des Verhältnisses von datio und Litiskontestatio passende — gezwungene Auslegung, wenn man behaupten wollte, der Prätor habe hier zwar die Formel erteilt, aber er verweigere die Erzwingung der Litiskontestation. Auch Paul. l. 7 D. 39. 3

> is cum quo aquae pluviae arcendae agitur, quod opus fecit, licet cedere loco paratus sit, cogitur accipere iudicium, quoniam et suo nomine convenitur ut opus tollat

[1]) Der Beklagte will zahlen, kann es aber nicht, da er nicht dem Herrn, sondern einem Vertreter gegenübersteht.

[2]) Verhalten des Depositars, wenn zwei Erben des Deponenten unter sich streiten.

braucht nicht notwendig von der Litiskontestation verstanden zu werden. Denn durch das cedere loco erwirbt sich der Beklagte sonst das Recht, überhaupt, auch vor der Litiskontestation evitare iudicium,[1]) sich nicht mehr auf den Prozeß einlassen zu müssen, also auch nicht als indefensus behandelt werden zu können. Hier wird ihm nun Indefensität angedroht, weil die Klage auf das tollere geht. Das Recht, von vorneherein jeden Anspruch abzulehnen, wird ihm bestritten. Nicht aber, handelt es sich um einen begonnenen Prozeß. — Auch bei Paul. l. 24 § 3 D. 40. 12, wo sich der Beklagte auf die controversia status berufen kann, handelt es sich, wie das „et sicut ipse agere, ita cum ipso quoque agi potest" zeigt, nur um die allgemeine Frage, ob er verklagt werden kann, nicht darum, ob seine Zustimmung von Bedeutung ist. — Bei Pap. l. 51 D. 36. 1, wo der Erbe in Eilfällen für den Fideikommissar iudicium suscipere cogitur,[2]) muß man wohl an eine Preisgabe der Erbschaft durch den Erben denken, ohne daß der Fideikommissar bereits den Besitz ergriffen hat, und wird es sich somit um Verweigerung der exceptio restitutae hereditatis gehandelt haben, so daß der Fall prozessual gelagert erscheint. Immerhin weist aber das suscipere und das folgende „similique modo . . scriptus heres . . convenitur" auf allgemeinere Verwendung des Ausdrucks für „verklagt werden können" hin.

Abgesehen von den Spezialfällen der Vertretung und Exemtion, ist also das cogere auffallend spärlich zu finden, selbst wenn jemand noch die eine oder andere der letzterwähnten Stellen dafür heranziehen will. Ein durchschlagender Beweis für die Aktivität des accipere läßt sich aus ihm somit nicht herleiten.

i) Recte defendi hoc est iudicium accipere. Ein anderer Hinweis auf die Aktivität des accipere liegt in der häufigen Betonung der Quellen, daß accipere iudicium ein Erfordernis des recte defendere sei. Man könnte zwar manchmal auch

[1]) Gaius l. 29 D. 9. 4.

[2]) Vgl. ähnliche Fälle beim Vertreter und Legaten Gai. l. 12 D. 3. 3, Paul. l. 43 § 6 D. 3. 3, l. 28 § 4 D. 5. 1.

nur an das Verhindern des passiven Empfanges jeglicher Nachricht durch latitare, das in den Quellen beim indefensus eine große Rolle spielt und nicht immer auf Absicht beruhen muß,[1]) denken wie bei Ulp. l. 5 § 3 D. 42. 4

> recte defendi quid sit, videamus, utrum tantum copiam sui facere[2]) et ad suscipiendum iudicium paratum esse an vero et satisdare omnino

und bei Jul. Ulp. l. 34 § 3 D. 12. 2

> sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium accipere

oder Ulp. l. 21 § 3 D. 4. 6

> plenaque defensio accipietur si et iudicium non detrectetur

oder an Prozeßverschleppungen Ulp. l. 23 § 4 D. 4. 6, Afr. l. 78 D. 3. 3, die auch dem indefensus esse gleichgestellt werden, oder an einem abusiven Gebrauch des iudicium accipere für Verhandeln in iure oder für den ganzen Prozeß, wie bei Ulp. l. 63 D. 5. 1

> recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione

wegen des „cum satisdatione", das eine Verbindung mit dem Akt der Litiskontestation auszuschließen scheint, weil es schon vor der Formelerteilung zu geschehen pflegt, wie auch die Zweifel „an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi" (l. 35 § 3, l. 45 pr. D. 3. 3) zeigen, — oder bei Paul. l. 45 pr. D. 3. 3

> at si iustas causas habeat, an iudicium accipere nolit

denn wir finden in diesem Titel stets, daß die Prüfung dieser

---

[1]) Vgl. Ulp. l. 7 § 4 D. 42. 4.

[2]) Vgl. das „praesentiam sui facere" bei Hermog. l. 53 § 1 D. 42. 1 und das „potestatem sui facere" sowie „secum agendi potestatem facere" des Edikts. Diese Ausdrücke werden nicht alle gleichbedeutend sein. Auf das Verhältnis zum Einlassungszwang kann auch hier nicht eingegangen werden. Siehe oben S. 64 Anm. 3. — Die richtige Auslegung obiger Stelle scheint mir die zu sein, daß im copiam sui facere et paratum esse kein Pleonasmus liegt, sondern daß verschiedene Dinge gemeint sind.

iustae causae in iure vor der Formelerteilung geschieht und eventuell zur Denegation führt.

Aber wenn man dazu noch nimmt Ulp. l. 35 § 3 D. 3. 3

> defendere autem est id facere, quod dominus in litem facit . . . praeter satisdationem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat

und Ulp. l. 10 D. 26. 7

> sive igitur solutionem sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur

und Ulp. l. 52 D. 50. 17

> non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem[1])

so wird man sich des Eindrucks, daß in allen Stellen die Litiskontestation gemeint ist und daß sie ungezwungen nur bei einer Aktivität des accipere zu verstehen sind, nicht erwehren können. Immerhin ist auch hier zuzugeben, daß ein Beweis der Aktivität aus diesen Stellen allein seine Bedenken hätte.

k) Der Akt des edere und accipere selbst. Die bisher erwähnten Nachweise der Vertragsnatur der Litiskontestation reichen somit nicht aus, um eine feste Überzeugung zu begründen. Nach ihnen könnte sie schließlich doch auch nur ein einseitiges Rechtsgeschäft gewesen sein. Wenn Hölder zweifellos recht damit hat (S. 218 ff.), daß die „Formen", die wir bei ihr finden, nicht Formen der gegenseitigen Verständigung sondern der bloßen Vollziehung und Entgegennahme einer Mitteilung der einen Partei an die andere sind, wäre nun daraus für unsere Ansicht der Schluß zu ziehen, daß eine Zustellung im modernen Sinne, d. h. ein ein-

---

[1]) Vgl. auch Ulpian l 3 D. 5. 1

> non videtur frustrandae actionis causa latitare, qui praesens suscipere iudicium non compellitur

und dazu wieder Venul. l. 18 D. 46. 7

> vir bonus non arbitratur indefensam esse rem, de qua praetor iudicium accipere non cogat.

seitiges Rechtsgeschäft, vorliege? Da die anderen Quellen versagen, müssen wir wieder auf den Akt selbst, das edere und accipere, zurückgreifen. Die Quellen lassen uns zwar hier bezüglich der Erklärung des Beklagten und ihrer Form im Stich, aber aus den Folgen lassen sich Schlüsse ziehen.

Zunächst ist hervorzuheben, daß uns zwar die l. 83 § 1 D. 45. 1 ein reddere iudicium in invitum bezeugt. Aber das ist bloß die Formelerteilung durch den Prätor. Dagegen ein edere oder dictare in invitum ist, soviel ich sehe, in den Quellen nicht zu finden.

Da accipere[1]) auch bloß das passive „Empfangen" bedeuten könnte, wäre also zu prüfen, ob sich seine aktive Verwendung als „Annehmen" sicher feststellen läßt.

Nicht ausschlaggebend ist hierbei das accipere inter „eum qui aget et eum quocum agetur". Es findet sich nur bei den iudicia duplicia,[2]) so Ner. l. 54 D. 10. 2, Ulp. l. 2 § 4 D. 10. 2, Marc. l. 28 § 11 D. 36. 1, Paul. l. 25 § 4 D. 10. 2, l. 8 pr. D. 10. 3, Gaius II. 219, oder es dient zur Bezeichnung der Zahl, so Ulp. l. 2 § 4 D. 10. 2, Paul. l. 4 § 8 D. 10. 1, l. 25 § 4 D. 10. 2, oder es hebt den Gegensatz der Parteien zu dritten Personen hervor, so Cels. l. 42 pr.

[1]) Das suscipere actionem (cf. Vocabularium s. v. actio) wird anscheinend meist in materiellrechtlicher Bedeutung gebraucht. Aber auch wo es prozessual gebraucht wird, wie Ulp. l. 37 D. 3. 3, und wo es die Litiskontestation bezeichnet, Ulp. l. 52 pr. D. 5. 1, l. 10 § 3 D. 15. 3, wohl auch l. 52 D. 50. 17, läßt sich aus ihm ein sicherer Schluß für die Beschaffenheit des accipere iudicium nicht gewinnen.

[2]) Weil bei doppelseitigen Klagen auch der qui accipit zugleich Kläger ist, müsten alle von ihnen handelnden Stellen sicherheitshalber außer Ansatz bleiben, selbst wenn man sonst aus ihnen Beweise für ein aktives Handeln des Beklagten entnehmen könnte. Da aber Paul. l. 36 D. 10. 2 und Paul. l. 4 § 7 D. 10. 1, die von einem accipere possumus gegenüber dem Prätor sprechen, bedeutungslos sind, käme nur Paul. l. 48 D. 10. 2 in Frage, deren „aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine iudicium agatur" mit dem „debere" und der Gleichstellung von accipere und Bestellen eines Vertreters als Hinweis auf Aktivität betrachtet werden könnte. Aber die Stelle läßt sich deshalb nicht verwenden, weil sie von dem Eintreten der Erben in die Stellung der Partei handelt „si actum sit", also nach der Litiskontestation, und somit hier das accipere iudicium nicht die technische Bedeutung „litiskontestieren" hat.

D. 12. 1, auch Paul. l. 4 § 8 D. 10. 1, wohin auch Gaius IV. 104 zu rechnen ist. Abgesehen davon ist auch uns der Ausdruck der „Zustellung unter den Parteien" geläufig, ohne daß wir an einen Vertrag denken.

Ebenso liegt bei dem Ausdruck „accipere iudicium cum aliquo", Ulp. l. 55 pr. D. 21. 2,[1]) l. 1 § 1 D. 44. 6, Pap. l. 95 § 10 D. 46. 3, stets eine Hervorhebung der konkreten Parteien oder ihrer Vertreter gegenüber Dritten vor, sowie der Gedanke des „gemeinsam vom Prätor empfangen".

Daß der pupillus zum accipere eines auctor bedarf, Ulp. l. 55 D. 21. 2, l. 2 pr. D. 26. 7, l. 7 § 1 D. 37. 1, Marc. l. 15 D. 26. 8, weist noch nicht auf ein Handeln hin, denn auch empfangen kann ein Kind allein solche wichtige Rechtsakte nicht. Immerhin ist hervorzuheben, daß in l. 7 § 1 D. 37. 1 dabei das iudicium accipere dem admittere bonorum possessionem gleichgestellt wird, also einer aktiven Handlung.

Auch daß Paul. l. 26 § 4 D. 9. 4 von einem „si moram feceris in iudicio accipiendo" spricht, ist kein Beweis für Aktivität, denn mora findet sich wie in anderen Dingen so auch beim iudicium (l. 23 § 4 D. 4. 6) für Verzögerung, latitare, Ausweichen, Verschleppung, das „secum agendi potestatem non facere" und ferner haben wir auch bei dem Verzug des Gläubigers eine mora in accipiendo d. h. bloß im Empfangen. Auch der Satz Paul. l. 24 pr., Scaev. l. 47 D. 22. 1, daß, wer „paratus sit iudicium accipere", aber nicht zahlen will, nicht in mora verfällt, ist kein Beweis für Aktivität. Denn hier ist nicht das konkrete accipere einer bereits bestehenden formula gemeint, sondern accipere iudicium ist hier abusiv für „nicht gutwillig, sondern nur im Prozeßwege zahlen" gebraucht.

Auch aus dem Vergleich mit der aktiven Handlung der solutio bei Pomp. l. 23 D. 46. 3

> solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus

[1]) Diese Stelle ist auffallend, weil das iudicium „acceptum quidem cum pupillo tutose auctore" geschieht, dagegen „iudicatum est contra tutorem".

läßt sich ein sicherer Beweis für die Aktivität des accipere nicht herleiten. Denn das iudicium accipere bezeichnet hier nur den ausschlaggebenden novierenden Akt des übernommenen Prozesses, nicht aber die Prozeßübernahme selbst. Diese muß in einem Spezialvertrag schon vor der editio und vor der datio formulae und beim invitus und ignorans schon vor der in ius vocatio geschehen sein, denn ein eigenmächtiges Ändern der Namen der bereits erteilten Formel ist den Parteien natürlich nicht möglich. Also liegt hier ein aktives Handeln vor dem iudicium accipere.

Ebensowenig ist bei Paul. l. 16 D. 3. 3

> ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris vel ipsi domino iudicium accipiendi

die libera potestas accipiendi des Herrn beweiskräftig, denn wie schon die Betonung ante litem contestatam, das sonst keinen Sinn hätte, zeigt, ist auch hier das accipere in freierer Weise gebraucht und liegt der Nachdruck der Stelle auf der libera potestas, die Vollmacht „ante litem contestatam" frei zu ändern oder zu widerrufen, während die gleich folgende l. 17 „post litem autem contestatam" dieses Recht nur „causa tamen prius cognita" gibt.

Die Stellen für den aktiven Sinn des iudicium accipere als eines „Annehmen, Akzeptieren" schmelzen also bedenklich dahin und der Sieg scheint sich der Hölderschen Auffassung, die in ihm ein passives „Empfangen" sieht, zuzuneigen. Aber es bleibt die sprachlich klare und sachlich markante, die Aktivität beweisende l. 9 § 3 D. de dolo 4. 3, von Ulpian herrührend

> Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, — et tu hoc oleum deposueris apud Seium ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicetur cuius oleum esset, — neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum.

Sprachlich ergibt sich aus dem „non velle accipere" auf das deutlichste, daß zum accipere ein velle, eine Willensäußerung gehört.

Und sachlich zeigt sich ebenso klar, daß das Verweigern der Annahme seine praktischen Folgen hat. Titius kann das iudicium, „inter vos deiudicare“ [1]) und damit die Erfüllung der Bedingung tatsächlich durch sein non velle hintertreiben. Und Kläger wie Prätor sind seiner Chikane gegenüber machtlos. Die Erfüllung der Bedingung, das iudicium, können sie ohne seine Mitwirkung nicht beschaffen und das Öl bleibt folgedessen beim Seius liegen.[2])

Dann spricht auch in der zitierten l. 83 § 1 D. 45. 1 zwar die Schlußäußerung des Paulus

> nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur

zwar gegen die Vertragsnatur, dagegen können wir aus der Eingangsäußerung des Aristo

> si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. quod et in iudiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor senserit, nam etc.

doch wohl schließen, daß er zu seiner Zeit im iudicium einen Vertrag sah.

Weiter sprechen auch die von Wlassak angeführten Cicerostellen, nämlich in Verr. III. c. 22 § 55

> Verres in Xenonem iudicium dabat illud . . . . Xeno ad se pertinere negabat, fundum elocatum esse dicebat. Dabat iste iudicium „Si pareret . . . . Dicebat ille non modo se non arasse . . . Iste nihilo minus iudicium . . . dabat. Ille

---

[1]) Bei dem seltenen de- oder diiudicare könnte man auch an ein Schiedsgericht denken, wie es Brissonius s. h. v. tut. Aber die Zusammenstellung mit „iudicium accipere“ macht m. E. diese Annahme unmöglich.

[2]) Ulpianus fährt dann fort

> sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si in solvendo non sit, cum Titio de dolo, quae distinctio vera esse videtur.

Diese abweichende Entscheidung beruht wohl auf der bekannten allmählichen Ausbildung des Satzes, daß Bedingungen, die infolge Weigerung des Interessierten oder Dritten nicht erfüllbar sind, als erfüllt gelten. Vgl. Ulp. l. 5 § 5 D. 36. 2.

tametsi . . videbat, tamen iudicium se accepturum esse dicebat;

ferner pro Quinctio c. 20 §§ 63, 64

Fatetur . . iudicium, quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat, non recusasse ....

und § 64

cuius procurator non omnia iudicia acceperit, quae quisque in verba postularit

sowie c. 26 §§ 82, 83

qui ex ipsius decreto et satisdaret et iudicium accipere vellet. Nam per deos immortales! si Alfenus . . . tibi tum satis daret et iudicium accipere vellet . . . .

In allen Fällen handelt es sich, wie auch schon aus diesen Betonungen des Wortlautes der Formel zu ersehen ist, nicht um die Einlassung in die allgemeine Verhandlung, sondern um die Gestaltung der Formel. Und gerade das mehrmalige Vorschlagen derselben „iudicium dabat" und Weigern bis endlich das „se accepturum esse dicebat" erfolgte, sowie die mehrfache Betonung des „velle" zeigt, daß der Beklagte nicht bloß passiv die Formel als Adressat empfing, sondern aktiv als Vertragsgegner sie annahm.

l) Das Ergebnis. Das schließliche Ergebnis ist somit, daß nicht bloß manche aus 1 bis 4 resultierenden sachlichen Erwägungen für die Vertragsnatur der Litiskontestation sprechen, sondern daß auch sprachlich der Vertragscharakter des edere und accipere sich feststellen läßt. Es könnte nun einem Leser verwunderlich erscheinen, daß ich eine solch genaue Nachprüfung für nötig gehalten habe, wo ich doch im Schlußresultat bei Wlassaks Litiskontestationsvertrag anlange. Habe dieser bestanden, so sei doch bei mancher der beanstandeten Stellen das iudicium accipere um so leichter erklärlich.

Aber ich tat dies mit gutem Grund. Einma erscheint mir tatsächlich der Höldersche Angriff als der stärkste der bisher geführten, dem gegenüber eine gründliche Nachprüfung ohne weiteres

geboten war. Dann haben Hölder und ich das Gemeinsame, daß wir die in dem edere, dictare u. s. w. liegende Mitteilung in den Vordergrund stellen und ich mußte deshalb zeigen, worin ich mich von ihm unterscheide, daß ich zwischen ihm und Wlassak sozusagen eine Mittelstellung einnehme. Vor allem aber kam es mir darauf an, die Wertschätzung des Vertragsprinzipes auf das richtige Maß zurückzuführen, denn meines Erachtens wird es in der herrschenden Literatur bedeutend überschätzt, weil man alle prozessualen Spezialverträge und alle Wissens-, nicht Willenserklärungen, alle beiderseitigen Parteierklärungen darunter rubriziert. Das ist aber nicht richtig, sie sind kein Ausfluß des „Prozeßvertrages", wie wir sie auch heute ohne diesen Prozeßvertrag haben.

Das Vertragsprinzip zeigt sich im wesentlichen nur darin, daß der Beklagte gegen seinen Willen keinem iudicium unterworfen werden kann und daß er deshalb der sententia des Judex und der res iudicata, der Rechtskraft, entgehen kann. Aber die prätorische Koerzition und die prätorische tatsächliche, aber rechtskraftlose Befriedigung des Klägers mußte er dulden.

Warum, wann und wie dieses Prinzip in den römischen Prozeß hineingekommen ist, das ist eine interessante, aber noch dunkle Frage. Wir finden es aber darin bezeugt in den Zeiten eines Cicero und eines Labeo. Bei den klassischen Juristen sind die Worte zwar noch die alten, aber sie stehen in sachlichen Verbindungen, die ein Verblassen des Vertragsgedankens zeigen. Denn das alte aktive iudicium accipere des Beklagten wird jetzt überwiegend im abusiven Sinne für „überhaupt einlassen in einen Prozeß" oder für „zur Sache verhandeln" oder für „gemeinsames Empfangen der Formel vom Prätor" gebraucht. Ob in diesen Zeiten der Vertrag schon ganz verschwunden und zur einseitigen Zustellung geworden war, sei dahingestellt. Es würde mir doch gewagt erscheinen, seinen Untergang allein daraus zu schließen, daß in den beiden zitierten ausschlaggebenden Pandektenstellen, in l. 9 § 3 D. 4. 3, Pomponius und Ulpian in einem Gegensatz zu

Labeo und in l. 83 § 1 D. 45. 1, Paulus in einem Gegensatz zu Aristo das Vertragsprinzip ersichtlich fallen lassen. Große Bedeutung hat das Prinzip jedenfalls nicht mehr gehabt. Es war von Anfang an stark dadurch geschwächt, daß es die prätorische Befriedigung des Klägers nicht hindern konnte und dies mußte so sein, da sonst wohl jeder Beklagte sich durch ein „semper negabit" vor jedem Prozeß gesichert hätte. Es mußte mit dem Schwinden des Unabhängigkeitsbewußtseins des Bürgers und dem Erstarken der Beamtengewalt in der Kaiserzeit seine Kraft um so mehr verlieren. Je höher die „Rechtskraft" des prätorischen Befehls, wohl im Anschluß an die extraordinaria cognitio, stieg, um so tiefer mußte das alte Vertragsprinzip sinken. Denn nur in dem Gegensatz von praetor und ius hatte es seine Kraft, da ja die tatsächliche Befriedigung in beiden Fällen die gleiche war.

V. Die Actio.

1. Die Ansicht Bekkers.

Über die actio wird sich eine Einigkeit wohl kaum erzielen lassen. Bekker sieht in ihr ein publizistisches Recht gegen Prätor und Beklagten, einen „Zwangsapparat" zur Verwirklichung des materiellen Rechtes, also gleich dem späteren Wachschen Rechtsschutzanspruch, ein Bindeglied zwischen Privatrecht und Prozeß. Wlassak, zu dessen Ergebnis auch ich gekommen bin, bestreitet das. Die actio der Quellen ist entweder der zivilrechtliche Anspruch oder das Prozeßmittel, die formula, aber kein eigenes subjektives Recht des Klägers, das nach Bekker (S. 357) „unabhängig von jeder Leistungspflicht eine selbständige Existenz zu führen vermag."

Bekker sieht den zivilrechtlichen Anspruch in der „res qua de agitur". Ich kann das nach meinen Ergebnissen nicht für richtig halten und ich erachte diese Ergebnisse allein für so schlüssig, daß ich auch nicht glaube, daß Untersuchungen anderer Punkte an der Entscheidung dieser Hauptfrage etwas ändern

würden. Aber Bekker ist ohne weiteres zuzugestehen, daß jede Gegenansicht seine Theorie erst dann endgültig widerlegt hätte, wenn sie einen Aufschluß darüber gibt, was das „quod venit in actionem" und die „res qua de agitur" der Quellen ist. Diese umfassende Aufgabe zu lösen, kann hier nicht der Versuch gemacht werden. Bei manchen Stellen dünkt es mir, als ob hier etwas ähnliches zu finden wäre wie, — nicht der Anspruch im Sinne des BGB., das materielle Recht, sondern — wie unser „Anspruch im Sinne der CPO.", das heißt das Klagebegehren, das quantitativ und qualitativ nicht mit dem materiellen Anspruch zusammenfallen muß, das aber in seinem Umfang von großer Bedeutung ist, denn über dieses wird entschieden und nach ihm bemißt sich die Wirkung des Urteils. Jedoch will ich diese Meinung nicht bindend äußern.

2. Rechtsschutzanspruch und doppeltes dare actionem.

Einspruch erheben muß ich aber auch hier[1]) gegen die Ansicht, in der zu Wenger jetzt Hölder[2]) tritt, daß im Verfahren in iure ein zweifaches dare actionem und — die Gegner weichen hier durch Stillschweigen aus — ein zweifaches denegare actionem des Prätors stattgefunden habe. Das erste dare und denegare habe sich damit beschäftigt, ob die actio „überhaupt zulässig" sei, ohne daß der Beklagte sich schon geäußert habe.[3]) Und „erst wenn er in diesem Sinne nicht actionem denegat, sondern actionem dat oder die Rechtsverfolgung des Klägers zuläßt, erhebt sich, falls ihr der Beklagte durch Bestreitung des vom Kläger erhobenen Anspruchs entgegentritt, die Frage der zu erteilenden formula". Wenger sieht in dem ersten dare actionem das „Zulassen des Rechtsschutzanspruches" und diese ganze Lehre stellt sich somit als ein Versuch dar, für dieses metaphysische[4]) Wachsche Ge-

[1]) Vgl. S. 15, 68, 144, 145 meiner Schrift.
[2]) S. 223.
[3]) Nach Wenger: vor seiner endgültigen Äußerung.
[4]) Wach, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, 32, 1904, S. 5 f.

bilde ein historisches praktisches Beispiel zu finden. Ich kann dem gegenüber nur wiederholen, daß die Quellen ein solches doppeltes dare actionem nicht zeigen. Das Edikt über die verletzte Grabstätte l. 3 pr. D. 47. 12 spricht mit seinen zwischen einem „actionem dabo" und „iudicium dabo" stehenden

si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam

nur gegen Wenger. Denn wie § 9 der Stelle ergiebt, liegt hier Gesamtgläubigerschaft vor. „Ad plures ius sepulchri pertineat", und darum „omnibus damus actionem". Aber nur einmal wird sie gegeben und deshalb konnte der Prätor sie nicht einem allein durch ein „actionem dabo" versprochen und dadurch den anderen absprechen.[1]) Deshalb mußte er hier bloß vom Zulassen zum Prozeß sprechen. Aber der § 10 mit seinem „antequam lis ab alio contestatur [potest] dicere velle se agere et audietur" zeigt deutlich, daß dem ersteren sein Zulassen zum Rechtsschutzanspruch gar nichts genützt haben würde und daß, wenn der zweite vor ihm zur Litiskontestation gelangt, dem ersten trotz des Zulassens der Prätor die actio hätte denegieren müssen, also ein zweites denegare nach dem Zulassen hätte möglich sein müssen. Dieser Konsequenz könnte man m. E. nur ausweichen, wenn man die Litiskontestation vor die datio formulae des Prätors und in sein „Zulassen des Rechtsschutzanspruches" verlegen würde.

Weiter widerspricht dieser Auffassung die Erwägung, daß die Quellen die Entscheidung über dare oder denegare als ius dicere d. h. Prozeß betrachten. Wir hätten folgedessen einen abgekürzten Prozeß ohne Rechtsschutzanspruch und einen gewöhnlichen Prozeß mit Rechtsschutzanspruch. Damit wäre aber dieser Begriff ruiniert.

Und schließlich wird wohl auch nicht mehr bestritten werden, daß die denegatio eine Sachentscheidung sein kann. Wie sich

[1]) Sollte dieser Satz des Ediktes sich auf die Popularklage beziehen, was auch möglich ist, so wäre doch der Gebrauch des „agendi potestatem facere" aus denselben Gründen zu erklären.

aber eine sachliche Entscheidung und eine Entscheidung über Zulassen eines Rechtsschutzanspruches vereinigen lassen sollen, ist mir nicht erfindlich. Denn dann würde, was Wach ausdrücklich vermeiden will, die datio und denegatio nicht über Zulassen, sondern über das Bestehen des Rechtsschutzanspruches entscheiden und das wäre ebenfalls das Ende dieses Begriffes, sein Untergang (S. 68 meiner Schrift) in alten bereits aufgegebenen Irrtümern.

Aber auch abgesehen hiervon haben Hölder und Wenger mit ihrem zweifachen dare actionem nicht recht. Sie gehen zweifellos von der richtigen Erwägung aus, daß der Willensentschluß des Prätors, eine bestimmte Formel zu geben, dem Erteilen dieser Formel vorausgehen muß, und daß ferner der Prätor nach seiner definitiven Redaktion der Formel die Parteien nochmals fragen wird, ob sie jetzt mit ihr in dieser Fassung einverstanden sind.[1]) Aber daraus folgt noch kein doppeltes dare actionem, und ein Beispiel aus dem verpönten modernen Prozeß mag das erläutern.

Bei uns in Deutschland wird der Eid den Parteien in der Regel durch ein Urteil, das sog. bedingte Endurteil, auferlegt (§§ 460, 477 ZPO.). Ausnahmsweise kann der zugeschobene Eid durch die weniger umständliche Form des Beschlusses angeordnet werden, wenn „die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden" sind (§ 461 ZPO.). Auch hier haben wir also die Abfassung einer Formel, der sog. Eidesnorm, und einen Einfluß der Parteien auf ihre Gestaltung. Die Sache nimmt nun den Verlauf, daß der Richter zunächst durch Befragen, durch Verhandlungen mit den Parteien die für die Fassung des Eides ausschlaggebenden Tatsachen kennen lernt. Ist diese Kenntnis vollständig, so setzt er — manchmal von Wort zu Wort fragend, was aber nicht nötig ist — die Eidesnorm zusammen. Hat er sich so seinen Entschluß über die nötige richtige Fassung des

[1]) Vgl. oben IV. 4. e.

Eides gebildet — die Parteien können ihm gegen seinen Willen keine Eidesnorm aufzwängen — und je nach dem äußeren Umfang des Eides ihn mündlich oder schriftlich fixiert, so muß er selbstverständlich den ganzen Eid den Parteien nochmals rekapitulieren und sie nach ihrem Einverständnis befragen. Erst wenn sie dies bejahen, ergeht dann der richterliche, die Eidesleistung anordnende Beschluß. Aber nur dieser zweite Akt ist ein Beschluß, und keinem Menschen wird es einfallen, auch den ersten Akt einen Beschluß zu nennen. Denn das wäre auch falsch. Das erste ist nichts weiter wie ein Entschluß des Richters, zwar auch ein Willensakt des Richters, aber keiner, dem das Prozeßgesetz rechtliche Relevanz beilegt, also vom Standpunkt der menschlichen Geistestätigkeit aus aufgefaßt ein hypothetisch erklärter Wille, vom gesetzlichen Wollendürfen des Richters aus betrachtet, nicht einmal eine Willenserklärung, sondern eine bloße Meinungserklärung. Erst der zweite Akt ist der Beschluß, das heißt der vom Prozeßgesetz geforderte und für den weiteren Verlauf des Prozesses relevante definitive Willensakt des Richters. Das erste ist eine bloß provisorische und bloß tatsächliche Mitteilung, das zweite ist die endgültige und offizielle rechtliche Verkündung.

Gar nicht anders war es im römischen Prozeß. Hölder und Wenger verwechseln eben Entschluß und Beschluß. Ihr erstes dare actionem ist kein prozeßrechtlich geforderter und relevanter Rechtsakt, sondern nichts weiter wie die tatsächliche Mitteilung eines Entschlusses des Prätors, daß er diese Formel, wenn sie nichts mehr weiter zu sagen hätten, erteilen werde. Erst das dare formulam ist die Ausführung dieses Entschlusses, ist der gesetzlich nötige und gesetzlich allein vorhandene Beschluß. Wenn in diesem, wie wohl beide und auch ich (S. 145) annehmen, kein Zulassen des Rechtsschutzanspruches liegt, vorher liegt er nicht.

Quellenregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Digesten.

2. Buch.

1. Titel: de iurisdictione.
15 61
18 61

5. Titel: si quis in ius vocatus.
2 66

9. Titel: si ex noxali causa.
2 § 1 67

12. Titel: de feriis.
1 pr. 66
§ 2 66

13. Titel: de edendo.
1 47, 48

3. Buch.

3. Titel: de procuratoribus.
8 § 3 64, 65
10 65
11 66
12 65, 68
14 65
16 73
17 pr. 53, 73
§ 2 65
35 § 3 65, 69, 70
37 71
43 § 6 65, 68
45 pr. 65, 69
46 pr. 53
§ 3 65
73 67
78 69

4. Titel: quod universitatis nomine.
6 § 3 65

4. Buch.

3. Titel: de dolo malo.
9 § 3 73, 76
25 62

4. Titel: de minoribus.
3 § 1 35

6. Titel: ex quibus causis maiores.
1 26
21 § 3 69
23 § 4 69, 72
26 21, 25
§§ 4—6 26
§§ 7—8 26

8. Titel: de receptis.
32 66

5. Buch.

1. Titel: de iudiciis.
1 61
2 § 1 61
§§ 3—6 66
§ 6 66
3 70
5 66
20 60
25 66
28 § 2 66
§ 4 68
33 61
47 64
52 pr. 71
57 53
58 54
61 39, 59, 60
63 69
74 § 1 61
80 62, 63

6. Buch.

1. Titel: de rei vindicatione.
5 §§ 4—5 60
52 67

7. Buch.

9. Titel: usufructuarius.
9 § 1 67

9. Buch.

4. Titel: de noxalibus.
26 § 4 72
29 68

10. Buch.

1. Titel: finium regundorum.
4 § 7 71
§ 8 71, 72

2. Titel: familiae erciscundae.
2 § 4 71
25 § 4 71, 71
36 71
48 71
54 71
3. Titel: communi dividundo.
8 pr. 71
13 60
12. Buch.
1. Titel: de rebus creditis.
21 20
42 71, 72
2. Titel: de iureiurando.
34 § 3 69
15. Buch.
1. Titel: de peculio.
3 § 11 60
5 § 2 60
21 § 3 67
3. Titel: de in rem verso.
10 § 3 71
16. Buch.
3. Titel: depositi.
1 § 37 67
17. Buch.
1. Titel: mandati.
38 62
18. Buch.
Titel 1—7 42
5. Titel: de rescindenda venditione.
8 42
19. Buch.
1. Titel: emti venditi.
Titel 42
11 § 3 41
13 pr. 41
§ 17 67
48 42
2. Titel: locati conducti.
Titel 67
21. Buch.
1. Titel: de aedilicio edicto.
1 pr. 40, 41
49 40
62 40
63 40, 41
2. Titel: de evictionibus.
55 pr. 72
22. Buch.
1. Titel: de usuris.
24 pr. 72
47 72
26. Buch.
7. Titel: de administratione.
2 pr. 72
10 70
28 65
8. Titel: de auctoritate.
15 60, 72
27. Buch.
3. Titel: de tutelae.
9 § 4 62
§ 6 65
6. Titel: quod falso tutore.
5 67
7. Titel: de fideiussoribus.
6 62
29. Buch.
1. Titel: de testamento militis.
17 § 1 67
2. Titel: de acquirenda.
20 § 4 67
36. Buch.
1. Titel: ad S. C. Trebellianum.
28 § 11 71
31 pr. 66
51 68
2. Titel: quando dies.
5 § 5 74
37. Buch.
1. Titel: de bonorum possessionibus.
7 § 1 72
10. Titel: de Carboniano edicto.
7 § 5 67
39. Buch.
1. Titel: de operis novi nuntiatione.
1 § 10 62
3. Titel: de aqua.
7 67
11 § 3 62
40. Buch.
12. Titel: de liberali causa.
24 § 3 68
42. Buch.
1. Titel: de re iudicata.
26 62
53 § 1 69
§ 3 66
57 62, 62
4. Titel: quibus ex causis in possessionem.
3 § 3 61
4 61
5 § 3 69
7 § 4 69
5. Titel: de rebus auctoritate iudicis.
5 66
44. Buch.
6. Titel: de litigiosis.
1 § 1 72
45. Buch.
1. Titel: de verborum obl.
83 § 1 39, 55, 60, 61 71, 74, 76
112 pr. 53
46. Buch.
3. Titel: de solutionibus.
23 72
95 § 10 72

7. Titel: indicatum solvi.
18 70
47. Buch.
12. Titel: de sepulcro violato.
3 pr., §§ 9, 10 79
49. Buch.
1. Titel: de appellationibus.
23 63
50. Buch.
1. Titel: ad municipalem.
28 61
7. Titel: de legationibus.
6 § 1 66
17. Titel: de diversis regulis.
52 56, 56, 70, 71

Codex.

3, 2, 1 55

Gaius.

II, 219 71
IV, 15 45
53 55
57 55
83 57
104 72
125 55

Vaticana fragmenta.

335 65
340. b. 65

Papyrus.

Oxyrhynchos.
I, 67 64
71 64

Lex Rubria.

20 Z. 48 57

Cicero.

pro Quinctio.
20 §§ 63, 64 75
26 §§ 82, 83 75
pro Cluentio.
43 § 120 62
in Verrem.
III 22, 55 74
60, 137 62
Philippica.
XII 7 § 17 62
de oratore.
I, 37, 168 35, 37
II, 70, 285 62
de finibus bonorum.
II, 35, 119 62
de legibus.
III, 3, 6 60
de re publica.
V, 2 62

Pseudo-Asconius.

ed. Orelli p. 164 45, 46

Quintilian.

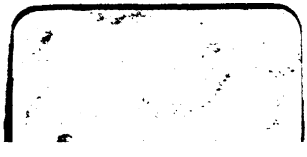
V. 6. 6 63

Dio Cassius.

53, 2 42

Valerius Maximus.

8. 3. 2. 60

Zivilprozeßordnung.

§ 160 62
§ 186 54
§ 253 31
§ 271 55
§ 317 54
§ 318 54
§ 460 80
§ 461 80
§ 477 80